Die

Lehre vom Zwange.

Eine civilistische Abhandlung

von

Dr. Adolph Schliemann,

Großherz. Mecklenburg-Schwerin'schen Justizrath.

Rostock,

Stiller'sche Hofbuchhandlung

(Hermann Schmidt.)

1861.

Seinem Vater

dem

Herrn Präpositus Schliemann zu Kalkhorst

und seinem Lehrer

dem

Herrn Pastor Hager zu Wismar

in der innigsten Liebe

gewidmet

vom Verfasser.

Vorrede.

Nicht Wenige unserer neuesten Schriftsteller scheinen zu glauben, daß die Streitfragen, welche Jahrhunderte lang in dem ganzen Gebiete der Lehre vom Zwange geherrscht haben, durch die Darstellung dieser Lehre in dem berühmten Systeme des heutigen R. R. von Savigny in der Hauptsache ihren Abschluß gefunden haben, so daß der weiteren Arbeit lediglich die Aufgabe zufällt, auf Grundlage jener Darstellung fortzubauen und eine Nachlese zu halten, wo die Lese selbst bereits beschafft ist. Dieser Ansicht gegenüber muß ich mich hier begnügen, auf den Inhalt meiner Schrift hinzuweisen, will dagegen auf einen andern Gesichtspunkt, von dem aus ebenfalls die Wahl des Thema's Anstoß erregen könnte, näher eingehn. Der Gegenstand, der hier behandelt werden soll, ist, wie es auf den ersten Blick scheinen könnte, der Praxis ziemlich entlegen, während doch die Arbeit unserer Zeit vorzugsweise darauf gerichtet sein muß, die Kluft, die noch immer zwischen Theorie und Praxis besteht, auszugleichen. Ich will nicht geltend machen, daß der Gesichtspunkt, der vorzugsweise die Arbeit der Theorie leiten soll, doch nicht der ausschließliche sein darf, ich behaupte, daß der in gegenwärtiger Schrift behandelte Gegenstand, wenn schon nicht unmittelbar, so doch mittelbar von großer praktischer Bedeu-

tung ist, und bemerke hier zur Begründung — unter Hinweis auf die nähere Ausführung in der Schrift selbst — Folgendes:

Bei Beantwortung der Frage, ob ein erzwungenes Rechtsgeschäft an sich gültig ist — der Hauptfrage in der Lehre vom Zwange — tritt ein Widerspruch in den Quellen hervor, der weder auf dem Wege der Interpretation, noch dadurch, daß beiden verschiedenen Rechtssätzen ein verschiedenes Gebiet der Herrschaft zugewiesen wird, entfernt werden kann. Von dem einen Standpunkte aus ist das ganze Gewicht auf die Erklärung gelegt, diese ist, wenn schon erzwungen, eine gewollte, von der entgegengesetzten Anschauung aus wird insbesondere der Inhalt der Erklärung berücksichtigt, und geltend gemacht, daß wenn schon die Erklärung eine gewollte ist, doch der Inhalt dem wirklichen Willen nicht entspricht, oder richtiger: daß die erzwungene Erklärung, da in der Thatsache des Zwanges ein vollkommen genügender Erklärungsgrund für die blos äußere, vom Willen verlassene Kundgebung enthalten ist, nicht als Ausdruck des mit dem Inhalte übereinstimmenden Willens angesehn werden kann. Bei diesem Widerspruche müssen wir auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze über Willenserklärungen, Uebereinstimmung des Willens mit der Erklärung u. s. w. zurückgehn; von diesen allgemeinen Grundsätzen aus haben wir uns für die eine oder die andere Auffassung zu entscheiden, und in dem Zusammenhange mit diesen die ganze Lehre vom Zwange zu entwickeln, wobei es einestheils gilt, dasjenige auszuscheiden, was lediglich als Ausfluß aus der reprobirten Auffassung erscheint, anderntheils es sich aber um eine selbstständige Construction auf der gewonnenen Basis handelt. In diesem Zusammenhange mit jenen allgemeinen Rechtsgrundsätzen gewinnt nun aber die Lehre vom Zwange eine Bedeutung, die ihr an sich nicht zukommt. Nichts ist für Theorie und Praxis nothwendiger als eine scharfe und klare Darlegung der Grundbegriffe des Rechts und eine Entfaltung der aus denselben

sich ergebenden Consequenzen. Die Theorie hat kaum begonnen, sich über den unmittelbar im corpus juris gegebenen Inhalt hinauszuwagen, die Praxis ist jeden Augenblick genöthigt, von den einzelnen Bestimmungen der Quellen auf den Rechtsbegriff zurückzugehn und demnächst durch Zerlegung desselben in seine Bestandtheile neue Rechtssätze an das Tageslicht zu fördern, — neu, in so fern sie bisher aus den gegebenen positiven Elementen noch nicht eruirt waren. Hier ist nun für die Theorie ein weites Feld der Arbeit gegeben. Der Begriff der Intercession, des Kaufcontracts, der Societät ist aus den in den Quellen enthaltenen positiven Bestimmungen zu entwickeln, von dem gewonnenem Begriffe aus sind durch Zerlegung desselben in seine Bestandtheile neue Rechtssätze — neu in dem angegebenen Sinne — herauszuarbeiten. Aber der Begriff der Intercession 2c. ist selbst wieder ein besonderer in Vergleich mit anderen Rechtsbegriffen, z. B. dem Begriffe des Rechtsgeschäfts oder der Willenserklärung. Will man nun sagen, daß wenigstens bezüglich der allgemeinsten Rechtsbegriffe — und mit diesen hat die vorliegende Schrift es vorzugsweise zu thun — die Arbeit beschafft sei? Neuere Untersuchungen haben hier Großes geleistet; wie viel aber zu thun übrig bleibt, wird Niemand verkennen, der diesem Gegenstande seine besondere Aufmerksamkeit zugewandt hat, und wird wenigstens zum Theil aus dem Inhalte vorliegender Schrift erhellen.

Aus dem Gesagten ist zugleich die Richtung dieser Schrift zu erkennen. Das Bestreben ging vorzugsweise auf die Construction der Lehre vom Zwange in Conformität mit den allgemeinen Rechtsprincipien. Die Grundlage bildet die quellenmäßige Darstellung der Lehre vom Zwange, welcher der ganze erste Abschnitt gewidmet ist. Mit großer Sorgfalt ist hier jener oben beregte Widerspruch nachgewiesen, der, für welche der verschiedenen Auffassungen man sich auch entscheiden mag, in Zukunft, wie ich zu hoffen wage, nicht

mehr in Abrede gestellt werden wird. — Wer nach den Vorbemerkungen geneigt sein möchte, den Vorwurf eines willkürlichen Construirens zu erheben, den bitte ich, diese quellenmäßige Darstellung vorher einer gründlichen Prüfung zu unterziehn.

Mit Vorliebe habe ich mich bemüht, mir des Zusammenhanges meiner Arbeit mit den bisherigen Ergebnissen der Untersuchungen auf diesem Gebiete klar bewußt zu werden, und diesen Zusammenhang dem Leser vor die Augen zu führen. Durch die Arbeiten der Jahrhunderte hindurch zieht sich ein Fortschritt, den zu erkennen und festzuhalten Aufgabe eines Jeden ist, der als Schriftsteller auftritt.

Dr. Adolph Schliemann.

Nähere Bestimmung der Aufgabe.

Unter Zwang versteht man die gewaltthätige Einwirkung eines Menschen auf einen anderen.

Es giebt zwei Arten.

Die eine besteht in der körperlichen Ueberwältigung — physischer Zwang.

Die zweite in der Bestimmung eines Anderen zu einem Handeln (resp. Unterlassen) mittelst Androhung eines Uebels für den Fall, daß der Bedrohte die von dem Drohenden bezielte Handlung nicht vornehmen werde (resp. die Handlung, welche der Drohende verhindern will, vornehmen werde) — psychischer Zwang.

Nur vom Zwange in diesem letzteren Sinne ist hier die Rede. Die Aufgabe ist, die rechtlichen Folgen des Zwanges — oder was dasselbe ist — die dem Gezwungenen gegebenen Schutzmittel darzustellen.

Der Hauptfall und derjenige, den die Quellen fast ausschließlich vor Augen haben, ist der eines erzwungenen Rechtsgeschäfts und die Hauptfrage hier, ob ein solches nichtig ist, oder an sich zu Recht besteht.

Wenn nun gerade in Ansehung dieser Frage ein Widerspruch in den Quellen hervortritt, so ergeben sich damit für die nachstehende Abhandlung zwei Hauptabschnitte.

Der **erste Abschnitt** hat die quellenmäßige Lehre vom Zwange nach allen Beziehungen hin darzustellen.

Derselbe zerfällt in folgende Theile:

1. Rechtsmittel des Gezwungenen vor dem Octavianischen Edict, § 1.

2. Das Octavianische Edict und die Weiterbildung durch die Jurisprudenz in Verbindung mit der Praxis, § 2.

3. Gestaltung der Lehre vom Einflusse des Zwanges im Justinianeischen Rechte.

I. Grundsatz: ein erzwungenes Rechtsgeschäft ist an sich gültig, § 3.

A. Die actio quod metus causa.

1. Voraussetzungen in der Person des Klägers.

a. Nähere Bestimmung des „Zwanges", § 4.

b. Vermögensnachtheil, § 5.

2. Voraussetzungen in der Person des Beklagten. — Gegenstand und Besonderheiten der Klage, Ausdehnung derselben auf andere Fälle als die eines erzwungenen Rechtsgeschäfts, § 6.

B. Die exceptio metus und in integrum restitutio, § 7.

II. Grundsatz: ein erzwungenes Rechtsgeschäft ist nichtig. — Interpretation der hierher gehörigen Stellen. — Letztwillige Verfügungen, § 8.

III. Versuche, den Rechtssatz über den Einfluß des Zwanges so zu formuliren, daß der Widerspruch verschwindet, § 9.

IV. Historische Erklärung des Widerspruchs, § 10.

Der **zweite Hauptabschnitt** trägt einen wesentlich kritisch-dogmatischen Charakter. Die Aufgabe ist zunächst, vom Standpunkte allgemeiner Rechtsprincipien die sich widersprechenden Grundsätze einer Kritik zu unterziehen, § 11—14. Ergiebt sich hier als Resultat: ein erzwungenes Rechtsgeschäft ist nichtig, so ist die weitere Aufgabe, einestheils der Begriff den Nichtigkeit näher zu bestimmen, anderentheils den gewonnenen Standpunkt in seinen Consequenzen zu verfolgen, § 15 und 16.

Derselbe zerfällt in folgende Theile:

I. Der Zwang schließt die Freiheit nicht aus, § 11.

II. Bei einem erzwungenen Rechtsgeschäfte ist die Zustimmung des Willens zum Inhalte der Erklärung so zweifelhaft, daß diese nicht als Ausdruck des Willens gelten kann.

1. Ausdrückliche und stillschweigende Willenserklärung. — Feststellung des Begriffs, Einfluß des Zwanges bei der stillschweigenden Willenserklärung, § 12.
2. Einfluß des Zwanges bei der ausdrücklichen Willenserklärung, § 13.

III. Nothwendigkeit des Eingreifens rechtlicher Vorschriften. Einwürfe gegen die Annahme der Nichtigkeit, § 14.

IV. Ein erzwungenes Rechtsgeschäft ist nichtig. Nähere Bestimmung der Nichtigkeit, § 15.

V. Die Consequenzen des Satzes: „ein erzwungenes Rechtsgeschäft ist nichtig"; praktische Bedeutung desselben, § 16.

An beide Abschnitte reiht sich: ein **dritter** Abschnitt, welcher

1. die Dogmengeschichte, § 17,
2. die Bestimmungen des preußischen Landrechts, des österreichischen bürgerlichen Gesetzbuches und des Code Napoléon, § 18,

enthält.

Erster Abschnitt.

Die quellenmäßige Lehre vom Einflusse des Zwanges.

§ 1.

Rechtsmittel des Gezwungenen vor dem Octavianischen Edicte.

Schon vor dem Edicte des Prätors Octavius (zu Cicero's Zeit) gab es verschiedene Wege, auf denen das R. R. dem Gezwungenen zu Hülfe kam. Der generellere Begriff des Dolus umfaßte auch den des Zwanges,[1] und wenn auch die actio de dolo jüngeren Ursprungs ist als das Octavianische Edict, so galt doch schon seit alten Zeiten der Grundsatz, daß bei den bonae fidei judiciis der Dolus im Interesse des Betrogenen zur Berücksichtigung kommen mußte.[2] Später — jedenfalls noch vor dem Octavianischen Edicte — schützte der Prätor den Betrogenen auch bei actiones stricti juris durch eine exceptio doli.[3]

Daneben gab es noch ein anderes Rechtsmittel für den Gezwungenen — die condictio ob turpem causam — und zwar sicher schon vor dem Octavianischen Edicte:

---

[1]) Vergl. l. 14. § 13. D. quod metus (4, 2). Eum, qui metum fecit, et de dolo teneri certum est, et ita Pomponius, et consumi alteram actionem per alteram exceptione in factum opposita.

[2]) Und zwar officio judicis. Vergl. Burchardi, Restitution S. 296 ff., v. Vangerow, Pandekten I, S. 361, v. Savigny, System V, S. 466 ff., v. Wächter, Erörterungen Heft II, S. 49 u. 50.

[3]) Die Stelle l. 4. § 3 de doli except. (44, 4), worüber Rudorff über die Octavianische Formel (Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft XII, Abhandl. 3) und jetzt auch v. Vangerow I, S. 362 zu vergleichen, schreibt die Einführung der exceptio doli (gegen actiones stricti juris) dem Prätor Cassius zu. Ueber einzelne frühere Spuren vergl. Puchta, Institutionen II, S. 419, Anmerk. z.

Quoties autem solius accipientis turpitudo versatur, Celsus ait, repeti posse, veluti si tibi dedero, ne mihi injuriam facias.
l. 4 § 2. D. de cond. ob turp. vel injust. caus. (12, 5).

Eine besondere Beschaffenheit der Drohung wird von den Römischen Juristen hier nicht gefordert. Vielmehr ist es lediglich quaestio facti, ob den Drohenden der Vorwurf des Dolus trifft, sowie ob von einer turpitudo auf Seiten des Empfängers (respective dessen, der sich eine Leistung versprechen läßt) die Rede sein kann.

Auf diese Rechtsmittel — die nicht aus dem Zwange, als solchem, originiren — näher einzugehen, liegt nicht in dem Zwecke der Abhandlung. Nur das ist hier hervorzuheben: der Schutz, der auf diese Weise dem Gezwungenen zu Theil wurde, war ein höchst unvollkommener und blieb dieses auch noch nach der Einführung der de dolo actio.[4] Insonderheit war kein Schutzmittel gegeben, wenn der erzwungene Vertrag mit einem Dritten, der vom Zwange keine Kenntniß hatte, abgeschlossen war, und dieser Dritte aus solchem Vertrage klagte, oder wenn es sich um eine Klage gegen einen Dritten, der etwa in den Besitz der abgenöthigten Sache gelangt war, oder endlich, wenn es sich um die Ausschlagung oder Antretung einer Erbschaft handelte.

§ 2.

Das Octavianische Edict und die Weiterbildung durch die Jurisprudenz in Verbindung mit der Praxis. — Die actio quod metus causa, das frühere Rechtsmittel, späterer Ursprung der in integrum restitutio.

Abhülfe gewährte das Edict des Prätors Octavius.[1] Aus demselben sind die Worte (vermuthlich die Eingangsworte) erhalten:

---

[4]) Wenige Jahre nach dem Octavianischen Edicte, vgl. unter andern Burchardi S. 307 ff. und Rudorff, Rechtsgeschichte, Leipzig 1859, Bd. II, S. 364.

[1]) Nach der gewöhnlichen Ansicht Lucius Octavius, nach Rudorff, Rechtsgeschichte Bd. II, S. 364 Gnäus (Cneus) Octavius, welcher im Jahre 680 die Prätur bekleidete.

quod vi metusve (später quod metus) causa gestum erit, ratum non habebo, l. 1 pr. D. q. m. c. (4, 2).

Nach l. 14. § 11 eod. kamen im Edicte (idque his verbis edicti) — und zwar selbstverständlich als ein Theil der in demselben aufgestellten Formula — die Worte vor:

neque ea res arbitrio judicis restituetur.

Für den Fall der nicht erfolgten Restitution sollte den Worten des Edicts zufolge die Verurtheilung in den vierfachen Betrag (des Interesses) eintreten, l. 14. § 1. h. t.:

Si quis non restituat, in quadruplum in eum judicium pollicetur.

Der Jurisprudenz in Verbindung mit der Praxis fiel die Aufgabe zu, die Theorie vom Einflusse des Zwanges näher auszubilden. In Folge dieser Entwickelung hat denn die Lehre vom Zwange diejenige Gestalt gewonnen, die uns im Justinianeischen Rechte entgegentritt, und die in den folgenden §§ genauer dargestellt werden wird.

Im Einzelnen bleibt hier freilich vielfach zweifelhaft, was dem Octavianischen Edicte, was der späteren Weiterbildung zuzuschreiben ist. In den Grundzügen läßt sich dieses jedoch mit Sicherheit angeben.

1. Das Edict hatte nur den Fall eines erzwungenen Rechtsgeschäfts vor Augen. Die Ausdehnung der actio quod metus causa über diesen Fall hinaus gehört jener Weiterbildung an.

2. Das Edict ging von der Voraussetzung aus, daß ein erzwungenes Rechtsgeschäft an sich zu Recht bestehe. Die entgegengesetzte Anschauung, die sich ebenfalls in den Quellen findet, gehört jener Fortbildung an.

3. Das Edict führte nur die actio quod metus causa (vielleicht auch die exceptio metus) ein; die in integrum restitutio ex capite metus ist späteren Ursprungs.

Während die beiden ersten Punkte in einem anderen Zusam-

menhange weiter unten zur Erörterung kommen werden,[2] bedarf dieser dritte schon hier einer näheren Besprechung.

Das Gegentheil wird unter Anderen von Savigny[3] behauptet. Der Gang der Entwickelung ist nach ihm so zu denken, daß der Prätor dem Gezwungenen ursprünglich durch Restitution halfen und erst später das ordentliche Rechtsmittel der actio q. m. c. eingeführt wurde. Die Edictsstelle — meint der gedachte Schriftsteller — sei so allgemein gefaßt, daß sie auf beiderlei Schutzmittel passe und auch von den alten Juristen dahin ausgelegt werde, sie könne schon in dem ursprünglichen Edicte über die Restitution wörtlich ebenso gelautet haben und habe keiner Abänderung bedurft, um die später eingeführten ordentlichen Rechtsmittel mit zu umfassen.

Allein diese Annahme steht in entschiedenem Widerspruch mit den historischen Zeugnissen.[4]

a. Ulpian sagt, daß im Edicte selbst schon die Worte (der Formula) gestanden neque ea res arbitrio judicis restituetur l. 14. § 11. h. t. — Worte, die mit ganzer Bestimmtheit auf eine actio arbitraria und eben damit auf die actio q. m. c. hinweisen. Damit stimmt zusammen, wenn es im § 1 derselben lex heißt: in quadruplum in eum judicium pollicetur. Will man diesem ausdrücklichen Zeugniß der Quellen gegenüber die Theorie von dem früheren Ursprunge der in integrum restitutio retten, so bleibt nur übrig, entweder die Glaubwürdigkeit dieses Zeugnisses in Zweifel zu ziehen, oder eine spätere Veränderung des Edicts bezüglich der concernenten Stelle anzunehmen. Daß — was die erstere Annahme anlangt — die ganze Stelle l. 14. § 11 nach Inhalt und Form auf die ändernde Hand der Compilatoren hinweiset, muß man gewiß zugeben;[5] gleichwohl ist es fast unmöglich

---

[2]) Vergl. über den ersten Punkt § 5 im Eingange und § 6, über den zweiten § 3 und § 10.

[3]) System Bd. VII, S. 112—115, 191—199.

[4]) Vergl. ganz besonders v. Schröter, über Wesen und Umfang der in integr. restitutio (Zeitschrift für Civilrecht und Proceß Bd. VI, S. 117 ff.

[5]) Vergl. die obenerwähnte Abhandlung von Rudorff, S. 163. ff.

zu glauben, daß die Aenderung derselben sich auch auf jene rein historische Notiz bezogen haben sollte. Für die zweite Annahme fehlt jedes Zeugniß. Schwerlich würden aber die Römischen Juristen, die bemerklich machen, daß das Edict anfangs gelautet: quod *vi metusve* causa, später quod metus causa, die Erwähnung der hier zur Frage stehenden, in der Sache selbst so wichtigen, Aenderung unterlassen haben.

b. Von gleicher Bedeutung ist die Stelle von Cicero in Verr. II, 3. c. 65. Postulavit a L. Metello, ut ex edicto suo judicium daret in Apronium, quod per vim et metum abstulisset; quam formulam Octavianam et Romae Metellus habuerat, et habebat in provincia. Es ist kein Zweifel und jetzt auch von Allen anerkannt: diese Stelle bezieht sich auf das Octavianische Edict über den metus. Daß nun bei den Worten ut ex edicto suo *judicium* daret in Apronium schwerlich an die in integrum restitutio gedacht werden kann, ist klar. Entscheidend sind aber die Schlußworte quam formulam Octavianam cet. Zur Ertheilung einer Formula konnte es nämlich bei dem Restitutionsverfahren niemals kommen, da kein Theil der Restitutionsfrage (des judicium rescindens) jemals an einen Judex gewiesen wurde, vielmehr die Verhandlung allein vor dem Prätor stattfand.[6] Möglicher Weise kam es freilich nach gewährter Restitution zu einer actio, mithin auch zur Ertheilung einer Formel (judicium rescissorium). Die restituirte Klage aber war der verschiedensten Art, bald eine in rem actio, bald eine persönliche Klage; ein gemeinsames Moment ist hier nicht aufzufinden, daher eine gemeinsame Bezeichnung der in solchen Fällen zu ertheilenden Formula unstatthaft. Am allerwenigsten aber würde die Bezeichnung formula *Octaviana* zutreffend sein, da nur das judicium rescindens, nicht das judicium rescissorium auf dem Edicte des Octavius beruhen könnte.

Ohne Zweifel ist demnach bei jenen Worten des Cicero an die

---

6) Vergl. v. Savigny System Bd. VII, S. 238.

für die actio q. m. c. aufgestellte Formula zu denken, und eben daraus ergiebt sich, in Beihalt der kurzen Zeit, die damals seit der Aufstellung des Octavianischen Edicts verflossen war, daß dieses die actio q. m. c. eingeführt hatte. Höchst wahrscheinlich gehören die Worte per vim et metum (nach der ursprünglichen Fassung des Edicts vi metusve causa) und nicht unwahrscheinlich auch der Ausdruck auferre der Octavianischen Klagformel an.[7]

c. Während die actio q. m. c. unmittelbar aus dem Edicte abgeleitet wird, giebt es keine einzige Stelle, welche die in integrum restitutio als das im Edicte gegebene Rechtsmittel bezeichnet.

Diesen äußeren Zeugnissen gegenüber können die inneren Gründe, auf welche Savigny sich beruft — die vermeintliche Natürlichkeit der Entwickelung — nicht in Betracht kommen. Der allgemeine Gang der Rechtsbildung ist nach ihm der gewesen, daß die in integrum restitutio in einem allmäligen, aber fortwährenden Streben zur Selbstvernichtung den ordentlichen Rechtsmitteln Platz gemacht hat, und nur da noch bei Bestand geblieben ist, wo diese nicht ausgereicht.

Es gilt hier, den Schein zu entfernen, der mit der Savigny'schen Ansicht verbunden ist. Eben damit wird denn auch für die nachfolgende Darstellung eine positive Grundlage gewonnen werden.

Die in integrum restitutio wird treffend von Savigny bezeichnet als Herstellung eines früheren Rechtszustandes, gegründet auf den Gegensatz der Billigkeit zum strengen Recht, und bewirkt durch die, ein wirklich vorhandenes Recht mit Bewußsein abändernde, prätorische Macht. — In der späteren Rechtsentwickelung sind nun einzelne Fälle, wo es früher der in integrum restitutio bedurfte, verschwunden und zwar dadurch, daß das Recht, welches jene Veränderung des früheren Rechtszustandes bewirkte, selbst dahin modificirt wurde, daß unter den Voraussetzungen, unter welchen früher die Restitution gegen die Veränderung des Rechtszustandes ertheilt wurde, eine solche Veränderung nicht vor sich ging. So

---

7) Vergl. die Abhandlung von Rudorff S. 156 ff.

zum Beispiel bestand im Civilrecht der Grundsatz, daß, wenn ein Schuldner eine minima capitis deminutio erfuhr, die Schulden (mit einzelnen Ausnahmen) ihrem civilen Bestande nach untergingen. Hier half der Prätor ursprünglich durch in integrum restitutio.[8] Aber bald fiel die der Restitution eigenthümliche causae cognitio des Prätors weg, ebenso die kurze Verjährungsfrist,[9] ein judicium rescindens kam nicht mehr vor; von vornherein wurde den Gläubigern die frühere Klage als utilis actio, d. h. mit der Fiction, daß die capitis deminutio nicht erfolgt sei, gegeben. Von diesem Standpunkte aus muß man sagen: Das Recht selbst hatte sich verändert. Jener alte Satz des Civilrechts war freilich nicht aufgehoben — das war nach der Stellung des Prätorischen Rechts zum Civilrechte nicht möglich — aber in der praktischen Geltung durch das Prätorische Recht beseitigt. Vom Standpunkte des Justinianeischen Rechts erscheint jener Satz des Civilrechts aufgehoben.

Ein näheres Eingehen würde hier zu weit führen. Wir setzen: Der Prätor gab ursprünglich nur eine in integrum restitutio propter metum, und fragen: wie mußte sich die Lehre vom Einflusse des Zwanges gestalten, wenn das Recht sich hier in der beregten Weise verändert haben würde. So, daß diejenige Veränderung des Rechtszustandes bei erzwungenen Rechtsgeschäften, der früher durch in integr. rest. abgeholfen wurde, schon nach rechtlicher Vorschrift nicht vor sich ging — mit anderen Worten, daß im praktischen (Prätorischen) Rechte erzwungene Rechtsgeschäfte als nichtig angesehen wurden. Neben dem Satze des Civilrechts: erzwungene Rechtsgeschäfte sind gültig, hätte sich tuitione Prätoris der entgegengesetzte Rechtssatz von der Nichtig-

---

[8]) Ursprünglich ohne Zweifel eine wahre in integr. restitutio mit allen Besonderheiten einer solchen, wie denn auch noch in dem Digestentitel de in integr. rest. l. 2. herkömmlich der status mutatio gedacht ist. Vergl. Puchta, Institutionen Bd. II, S. 226, Anmerk. n.

[9]) Vergl. l. 2. § 1. 5. D. de capite minut. (4, 5.) und Savigny, System Theil II, S. 86, Anmerk. w.

keit erzwungener Rechtsgeschäfte gebildet. Freilich konnten die Magistrate den Satz des Civilrechts nicht aufheben, aber wohl ihn in der praktischen Gültigkeit beseitigen.[10] Wo es sich um ein nach jus civile bestehendes Recht handelte, müßte man im gewissen Sinne sagen: ipso jure besteht dasselbe, wird aber per exceptionem beseitigt — sofern man bei den Worten ipso jure hinzudenkt ipso jure civili und mit den Worten per exceptionem auf die Art und Weise hindeuten will, wie dem magistratischen Rechte dem jus civile gegenüber allein Wirksamkeit verschafft werden konnte. Aber wie im Justinianeischen Rechte, wo jenes formell untergeordnete Verhältniß verschwunden ist, sich hieraus der Satz ergeben würde, erzwungene Rechtsgeschäfte sind ipso jure nichtig, so mußte das Gleiche schon zu der Zeit, wo dieser Gegensatz noch bestand, rücksichtlich derjenigen Rechte gelten, die einzig und allein auf magistratischem Schutze beruhten. So z. B. würde das bonitarische Eigenthum durch eine erzwungene Tradition gar nicht übertragen werden, und der Tradent nach wie vor bonitarischer Eigenthümer bleiben.

Ob wirklich das Recht in der beregten Weise sich entwickelt hat, darauf werden wir später eingehen. So viel ist klar, aus der in integrum restitutio propter metum konnte sich schwerlich dia actio q. m. c. hervorbilden.

Aus der vorstehenden Entwickelung ergiebt sich, daß wir die actio q. m. c. als das ursprünglich vom Prätor eingeführte Rechtsmittel zu denken haben, mithin der in integrum restitutio — sofern es überhaupt eine selbstständige in integrum restitutio propter metum neben der actio und exceptio metus giebt, worüber weiterhin § 7 — einen späteren Ursprung zuweisen müssen. Denn annehmen — was hiernach allerdings noch übrig bliebe — daß das Octavianische Edict beide Rechtsmittel eingeführt habe,

---

[10]) Wenn man mit Puchta, Institutionen Bd. I, S. 553, das Verhältniß des jus civile zum magistratischen Rechte mit der Verbindung des Mannes und der Frau in der Ehe vergleichen will, so muß man an eine solche Ehe denken, wo der Mann gerade so viel zu sagen hat, als die Frau gestattet.

hieße, wie Leist einmal von einem ähnlichen Falle sagt, eine Luxuriosität in der Aufstellung von Rechtsmitteln voraussetzen, wie sie die Römer, wenigstens in der zur Rede stehenden Zeit, für unnütz hielten. Auch zeigt die ganze Art und Weise, wie die Römischen Juristen von beiden Rechtsmitteln reden, deutlich, daß beide dem Prätorischen Edicte unmittelbar ihren Ursprung nicht verdankten, insbesondere wird, was oben schon bemerkt, die Zulässigkeit der in integrum restitutio in einer Weise begründet, aus welcher deutlich der spätere Ursprung derselben zu entnehmen ist.

Ob das Octavianische Edict neben der actio quod metus causa auch die exceptio metus eingeführt hat, ist von keinem sonderlichen Interesse. Oft genug ist dieses behauptet. An äußeren Zeugnissen fehlt es, und als wahrscheinlich kann es gewiß nicht erscheinen, daß daß Edict von vorneherein in so vollständiger Ausstattung erschienen ist. Näher liegt die Annahme, daß Doctrin und Praxis die fragliche Einrede geschaffen, von derjenigen Erwägung aus, die sich in den Worten der l. 156. § 1. D. de div. reg. juris kund giebt: cui damus actionem, eidem et exceptionem competere multo magis quis dixerit. Auch die l. 4. § 33. D. de doli mali et metus except. (44, 4) — sed *utilius visum* est, etiam de metu opponere exceptionem scheint dieser Annahme das Wort zu reden.

4. Was die nähere Ausbildung der actio quod metus causa anlangt, so gehört

a. die Fixirung des Begriffes „Zwang" lediglich der Jurisprudenz an.

b. Die Zulässigkeit dieser Klage auch gegen dritte Personen war vielleicht schon durch das Edict selbst in Gemäßheit des allgemein gehaltenen Ausdruckes quod metus causa gestum erit, entschieden. Jedenfalls aber gehörten die näheren Bestimmungen in dieser Hinsicht der weiteren Entwickelung an.

c. Schon nach dem Edicte des Octavius war die Verurtheilung auf das quadruplum gerichtet, doch konnte der Beklagte durch Natural-Restitution dieser Verurtheilung entgehen. Im Uebrigen

gehört die nähere Ausbildung rücksichtlich des Gegenstandes der Klage, namentlich in Ansehung der Verschiedenheiten, je nachdem dieselbe gegen den Zwingenden oder einen Dritten gerichtet war, und ganz vornämlich in Ansehung der Haftung des Zwingenden selbst, der Weiterentwickelung im Wege der Wissenschaft und Praxis an.

Vergl. unten § 4—6.

§ 3.

Gestaltung der Lehre vom Einflusse des Zwanges im Justinianeischen Rechte.

I. Grundsatz, ein erzwungenes Rechtsgeschäft ist an sich gültig.

Es ist oben bemerkt, daß das Octavianische Edict ein erzwungenes Rechtsgeschäft an sich als gültig betrachtete.

Von diesem Grundsatze aus ist die weitere Entwickelung ausgegangen.

Bevor wir diese betrachten, gilt es die Richtigkeit jenes Satzes darzuthun.

1. Der Beweis liegt nicht sowohl darin, daß dem Gezwungenen die actio quod metus causa gegeben wurde — denn mit dieser Klage an und für sich ist die Annahme der Richtigkeit eines erzwungenen Rechtsgeschäftes wohl zu vereinigen[1] — als vielmehr in derjenigen besonderen Gestaltung, in welcher diese Klage in den Quellen uns entgegentritt. Des Näheren wird dieses aus dem § 6 erhellen; im Allgemeinen mag hier nur die Bemerkung Raum finden, daß der Endzweck dieser Klage dahin ging, die für den Gezwungenen nachtheiligen praktischen Folgen des Satzes: ein erzwungenes Rechtsgeschäft besteht an sich zu Recht, zu beseitigen. So ist die actio quod metus causa bei einer erzwungenen Tradition auf Rückübertragung des Eigenthums gerichtet, bei einer erzwungenen Stipulation auf Acceptilation — ein unwiderleglicher

---

[1]) Vergl. weiter unten § 16.

Beweis, daß eine erzwungene Eigenthums-Uebertragung, eine erzwungene Stipulation an und für sich als gültig betrachtet wurden.

2. Ein weiterer Beweis liegt in der Zulassung der in integrum restitutio gegen erzwungene Rechtsgeschäfte, als deren nothwendige Voraussetzung der Satz erscheint, daß dieselben an sich zu Recht bestehen. Ueber das Nähere ist der § 7 zu vergleichen. Hier ist nur hervorzuheben, daß, wenn sich erst in späterer Zeit, d. h. nach dem Octavianischen Edicte die Theorie von der in integrum restitutio propter metum ausbildete, dadurch der obige Satz um so sicherer für die frühere Zeit bewiesen wird.

3. Endlich ist der obige Satz in einer Reihe von Quellenstellen auf das Entschiedenste ausgesprochen. Viele derselben werden weiter unten in einem anderen Zusammenhange besprochen werden; hier genüge es nur, zwei Stellen hervorzuheben:

l. 21. § 4 und 5 D. h. t. (4, 2.) Si metu coactus sim, ab emtione, vel locatione discedere videndum est, an nihil sit actum, et antiqua obligatio remaneat, an hoc simile sit acceptilationi? — — Et magis est, ut similis species acceptilationi sit, et ideo Praetoria actio nascatur. Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia, quamvis, si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui, sed per Praetorem restituendus sum, ut abstinendi mihi potestas tribuatur.

pr. et § 1. J. de except. (4, 13):

— — — Comparatae autem sunt exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur, saepe enim accidit, ut, licet ipsa persecutio, qua actor experitur, justa sit, tamen iniqua sit adversus eum, cum quo agitur. Verbi gratia si metu coactus, aut dolo inductus, aut errore lapsus stipulanti Titio promisisti, quod non debueras promittere, palam est, jure civili te obligatum esse, et actio, qua intenditur, dare te oportere, efficax est, sed iniquum est, te condemnari. Ideoque datur tibi exceptio metus causa — — — ad impugnandam actionem.

§ 4.

Gestaltung der Lehre vom Einflusse des Zwanges im Justinianeischen Rechte.

I. Grundsatz, ein erzwungenes Rechtsgeschäft ist an sich gültig.

A. Die *actio quod metus causa.*

1. Voraussetzungen in der Person des Klägers.

a. Nähere Bestimmung des „**Zwanges**".

Es ist jetzt näher auf die actio quod metus causa einzugehen Dabei sind folgende Punkte zu scheiden:

Voraussetzungen der Klage in der Person des Klägers.

Voraussetzungen in der Person des Beklagten.

Gegenstand der Klage und Eigenthümlichkeiten derselben.

Als Voraussetzung in der Person des Klägers erscheint **zunächst** ein erlittener Zwang. Im Allgemeinen ist bereits oben bemerkt, daß unter Zwang zu verstehen ist die Bedrohung mit der Zufügung eines Uebels für den Fall, daß der Bedrohete eine bestimmte Handlung, deren Vornahme (resp. Unterlassung) der Drohende bewirken will, nicht vornehmen (resp. vornehmen) werde. Dieser allgemeine Begriff hat aber von den Römischen Juristen mehrfach Beschränkungen erfahren.

1. Nicht jedes Uebel reicht zur Begründung der actio quod metus causa hin. Die in Betracht kommenden Quellenstellen[1] lassen sich am angemessensten unter folgende drei Rubriken stellen.

a. Stellen, die ganz allgemein die Bedrohung mit einem bedeutenden Uebel verlangen:

---

[1]) Die weiterhin anzuführenden Stellen bestimmen freilich den Begriff des Zwanges nicht ausschließlich aus dem Gesichtspunkte der Zulässigkeit der actio quod metus causa, sondern theilweise auch der in integrum restitutio — vielleicht auch, was zur Zeit noch auf sich beruhen mag, von der Voraussetzung der Nichtigkeit eines erzwungenen Rechtsgeschäftes ausgehend. Es muß hier aber vorweg bemerkt werden, daß der Begriff des Zwanges keine Aenderung erlitten hat, als sich späterhin die in integrum restitutio propter metum — und vielleicht auch die Theorie von der Nichtigkeit — herausbildete.

l. 5. D. h. t. Metum accipiendum, Labeo dicit, non quemlibet timorem, sed majoris mali (malitatis).

Nicht hierher gehören die l. 3. § 1. sed vim accipimus atrocem cet. und die l. 6. D. h. t.

b. Stellen, welche das anzudrohende Uebel bestimmter bezeichnen:

l. 3. § 1. D. h. t. Ceterum si per injuriam quid fecit populi Romani magistratus, vel provinciae praeses, Pomponius scribit hoc edictum locum habere, si forte inquit, *mortis* aut *verberum* terrore pecuniam alicui extorserit.

l. 4. Ego puto etiam servitutis timorem, similiumque admittendum.

l. 7. § 1. Proinde si quis in furto, vel adulterio deprehensus, vel in alio flagitio, vel dedit aliquid, vel se obligavit, Pomponius libro XXVIII recte scribit, posse eum ad hoc edictum pertinere, timuit enim vel *mortem*, vel *vincula.*

l. 8. pr. — — nam et gestum est malo more, et Praetor non respicit, an adulter sit, qui dedit, sed hoc solum, quod hic accepit metu *mortis* illato.

§ 1. Si is accipiat pecuniam, qui *instrumenta status mei interversurus est,* nisi dem, non dubitatur, quin maximo metu compellar, utique si jam in servitutem petor, et illis instrumentis perditis liber pronunciari non possum.

§ 2. Quodsi dederit, *ne stuprum patiatur* vir seu mulier, hoc edictum locum habet, quum viris bonis iste metus major quam mortis esse debeat.

§ 3. Haec, quae diximus ad edictum pertinere, nihil interest *in se* quis veritus sit, *an in liberis suis*, quum pro affectu parentes magis in liberis terreantur.

l. 21. Si mulier contra patronum suum ingrata facta, sciens se ingratam, quum de suo statu periclitabatur, aliquid patrono dederit, vel promiserit, *ne in servitutem*

redigatur, cessat edictum, quia hunc sibi metum ipsa infert.[2]

l. 22. *Qui in carcerem quem detrusit*, ut aliquid ei extorqueret, quidquid ob hanc causam factum est, nullius momenti est.

l. 23. § 1. Si justo metu perterritus cognitione (nis) judicis, *ad quem ut vinctus iret potens adversarius minabatur*, id quod habere licebat, compulsus vendidit, res suae aequitati per praesidem provinciae restituitur.

§ 2. Si foenerator *inciviliter custodiendo athletam*, et a certamine prohibendo cavere compulerit ultra quantitatem debitae pecuniae, his probatis, competens judex rem suae aequitati restitui decernet.

l. 3. D. ex quibus causis majores (4, 6). Metus autem causa abesse videtur, qui *justo timore mortis vel cruciatus corporis* conterritus abest, et hoc ex affectu ejus intelligitur. Sed non sufficit, quolibet terrore abductum timuisse, sed hujus rei disquisitio judicis est.[3]

l. 13. Cod. de transact. (2, 4). Interpositas metus causa transactiones ratas non haberi edicto perpetuo continetur. Nec tamen quilbet metus ad rescindendum ea, quae consensu terminata sunt, sufficit, sed talem metum probari oportet, qui *salutis periculum vel corporis cruciatum* contineat. —

l. 4. Cod. de his quae vi (2, 20). Si per vim vel metum *mortis aut cruciatus corporis* venditio a vobis extorta est — — — si res non restituatur, quadrupli condemnationem referetis, scilicet reddito a vobis pretio.

l. 7. Cod. eod. Si donationum vel transactionis, vel

---

[2]) Indirect wird hier anerkannt, daß der metus, ne in servitutem redigatur an sich genügt. Vergl. Anmerk. 14.

[3]) Die Stelle gehört genau genommen nicht hierher, da sie nicht von der Drohung als Veranlassung eines Rechtsgeschäftes, sondern als Grund für eine auf in integrum restitutio einen Anspruch gebende absentia redet.

stipulationis, vel cujuscumque alterius contractus obligationis confectum instrumentum *metu mortis vel cruciatu corporis extortum, vel capitales minas* pertimescendo adito praeside provinciae probare poteris, hoc ratum haberi secundum edicti formam non patietur.

c. Stellen, welche einzelne Arten von Uebeln als ungeeignet ausscheiden:

l. 7. pr. D. h. t. Nec timorem *infamiae* hoc edicto contineri Pedius dicit libro VII, neque *alicujus vexationis* timorem per hoc edictum restitui.

l. 8. Cod. h. t. Quum te *domus et horti venditionem* fuisse sub spe recipiendi quod de frumento feceras instrumentum, vel *timore, ne ad civilia munera nominareris,* proponas, et rescindi venditionem veluti metus causa factam desideres, intelligis, ad ratum non habendum contractum metum hujusmodi prodesse non posse.

l. 10. Cod. eod. *Accusationis* institutae vel futurae metu alienationem seu promissionem factam rescindi postulantis improbum est desiderium.

Nach diesen Stellen muß man zunächst die Ansicht Derjenigen, welche in dem Ausspruche von Labeo: metum accipiendum non quemlibet timorem sed majoris mali, das Princip und in den sub b. angeführten Stellen nur einzelne Beispiele eines majoris mali finden, verwerfen.[4] Schon die beständige Hervorhebung einer gegen das Leben, den Körper, die Freiheit gerichteten Drohung in allen Stellen, welche die actio quod metus causa in einem bestimmten Falle für anwendlich erklären, muß dagegen Bedenken erregen. Bestimmter ergiebt sich die Unrichtigkeit jener Ansicht aus der oben mitgetheilten Stelle l. 13. Cod. de transact. (2, 4.):

---

[4]) Von diesem Standpunkt aus sind Einige bei dem generellen Erforderniß eines majus malum stehen geblieben. Andere bestimmen das angedrohte Uebel näher dahin, es müsse im Vergleiche mit dem erzwungenen Geschäfte als das größere Uebel erscheinen. (Kritz). Noch Andere verlangen ein „mit übermächtiger Gewalt auf einen Besonnenen wirkendes Uebel." (Wächter.)

sed talem metum probari oportet, qui salutis periculum vel corporis cruciatum contineat.

Und will man auch auf jene in einem Rescripte von Diocletian und Maximian enthaltenen Worte weniger Gewicht legen, so ist doch aus der l. 3. und 4. D. h. t.

l. 3. hoc edictum locum habere, si forte *mortis* aut *verberum* terrore pecuniam alicuit extorserit.

l. 4. Ego (Paulus) puto etiam *servitutis* timorem *similiumque* admittendum.

so viel klar, daß wenn schon die actio quod metus causa auf den Fall einer Bedrohung des Lebens, des Körpers und der Freiheit nicht beschränkt sein soll, doch das angedrohete Uebel als ein gleichartiges erscheinen muß.[5]

Welches ist nun das allen jenen einzelnen Fällen gemeinsam zu Grunde liegende Princip?[6] Gemeinsam ist die unmittelbare Beziehung des angedrohten Uebels auf die Person (nicht auf das Vermögen) des Bedroheten. — Von diesem Grundsatze aus würde in Betracht kommen die Bedrohung des Lebens, der Freiheit — einerlei, ob blos die factische Entziehung derselben durch Gefängniß oder Ketten, oder die rechtliche Entziehung zur Frage steht — der Keuschheit, wie die Androhung körperlicher Mißhandlung.[7] Eben dahin würde auch die Drohung gehören, die Anordnung einer cura furiosi zu veranlassen,[8] wie die Bedrohung

---

[5]) Willkürlich ist die Beschränkung des Ausdrucks similia auf Gefängniß und Fesseln (v. Savigny, System Bd. III, S. 105).

[6]) Wäre die Absicht klar, nur in bestimmten einzelnen Fällen der Drohung die actio quod metus causa zuzulassen, so würden wir freilich nach dem zu Grunde liegenden Principe nicht fragen dürfen. — Ist aber dieses, wie wir gesehen, nicht der Fall, so wäre auch dann, wenn die Römischen Juristen zu einer klaren und bestimmten Auffassung des den einzelnen Fällen, deren sie Erwähnung thun, zu Grunde liegenden Princips nicht gelangt wären, Aufgabe der heutigen Rechtswissenschaft, nach solchem Principe zu suchen. Wir haben fortzubauen, wo die Römischen Juristen aufgehört haben.

[7]) Aller dieser Fälle ist namentlich in den vorher mitgetheilten Stellen gedacht.

[8]) Man könnte meinen, hier liege unter keinen Umständen ein Fall vor,

mit der Vernichtung von Urkunden, von denen der Beweis der Ehe oder der ehelichen Abstammung abhängt. Unter denselben Begriff würde fallen die Bedrohung des guten Rufes, die Drohung, eine actio famosa, eine criminelle Anklage zu erheben u. s. w.

Ob vielleicht in Folge anderweitiger Beschränkungen der eine oder der andere Fall ausscheidet, wird weiterhin zur Sprache kommen.

Gleichgültig ist nach Paulus l. 8. § 3. D. h. t., ob die Drohung darauf gerichtet ist, dem Bedroheten selbst, oder einem seiner Kinder ein Uebel der beregten Art zuzufügen.

Haec, quae diximus ad edictum pertinere, nihil interest, in se quis veritus sit, an in liberis suis, quum pro affectu parentes magis in liberis terreantur.

Die Entscheidung selbst (in liberis) ist beschränkter als der Grund derselben. Klar ist in Gemäßheit des angezogenen Grundes, daß die Beschränkung auf die Kinder allein nicht gerechtfertigt sein würde. Dasselbe muß ohne Zweifel z. B. dann gelten, wenn die Sicherheit des Ehegatten gefährdet ist. Auf der andern Seite ist die unbeschränkte Ausdehnung auf alle durch Liebe und Freundschaft verbundenen Personen unzulässig, die Beschränkung liegt hier — worauf die Entscheidung selbst hinweiset — in der nächsten natürlichen Zusammengehörigkeit.

Innerhalb der oben hervorgehobenen Beschränkung — einer unmittelbar gegen die Person gerichteten Drohung — hat aber der Ausspruch des Labeo „metum accipiendum non quemlibet timorem sed majoris mali“ seine volle Berechtigung. Er enthält nicht das Princip, — wohl aber eine Beschränkung desselben. Bei der Bedrohung des Lebens liegt natürlich immer jenes Requisit vor; würde die Ausführung der Drohung unter den besondern Umständen des Falles als unwahrscheinlich erscheinen, so ist

qui in constantem hominem cadit. Aber man setze, der Bedrohte ist ein altersschwacher Greis. Bei dem gedachten Erforderniß ist auf die physische Beschaffenheit des Bedroheten Rücksicht zu nehmen, vergl. weiterhin sub 4.

zwar die actio quod metus causa ausgeschlossen, über den Grund vergleiche weiter unten sub 4; in der objectiven Beschaffenheit des angedroheten Uebels, von welcher gegenwärtig die Rede ist, liegt derselbe nicht. — Anders steht es schon in dem Falle einer Bedrohung mit Schlägen. Wenn, um ein wirklich vorgekommenes Beispiel zu nehmen, ein Lehrer dem Vater seines Schülers erklärt, sein Sohn werde am Nachmittage die verdiente körperliche Züchtigung erhalten, sofern er sich nicht zum Abschlusse eines Vertrages verstehe, bezüglich dessen beide Theile schon vorher in Unterhandlung gestanden haben, so ist, insofern der Vater hierauf eingeht, die actio quod metus causa ohne Zweifel ausgeschlossen — nicht deshalb, weil der Drohende ein Recht zur Ausführung des angedroheten Uebels hatte, da es hierauf nicht ankommt, vergl. weiterhin sub 3, sondern weil ein majus malum nicht angedroht war. Aus diesem Grunde wird die actio quod metus causa meistens auch bei einer Bedrohung mit einer criminellen Anklage (oder Denunciation) von selbst ausgeschlossen sein; ist der Bedrohete unschuldig, so könnten eben unr ganz besondere Umstände die Gefahr einer ungerechten Verurtheilung begründen, und eben damit die criminelle Anklage als ein majus malum erscheinen lassen. Wo solche besonderen Umstände wirklich obwalten, liegt an sich ein Grund nicht vor, die Anwendlichkeit des Octavianischen Edicts zu verneinen, und ebensowenig in dem Falle, wo der Bedrohete schuldig wäre; — es würde in letzterem Falle zutreffen, was Paulus in einem ähnlichen Falle l. 8. pr. D. h. t. sagt, nam et gestum est malo more, et Praetor non respicit, an adulter sit, qui dedit. Indessen ist es gewiß gerechtfertigt, hier die actio quod metus causa nicht zuzulassen; wo aber die Anklage eine ungerechte ist, gewährt das Prätorische Edict de calumniatoribus Dig. III, 6. Hülfe.[9] So muß es denn als ganz angemessen erscheinen, wenn ein Rescript von Diocletian und Maximian,

---

[9]) Wenn auch in beschränkterer Weise, als die actio quod metus causa.

welches die Anwendlichkeit des Octavianischen Edicts in den Fällen dieser Art generell ausschloß, in die Justinianeische Sammlung aufgenommen würde — l. 10. Cod. h. t. — Ganz ähnlich steht es mit der Drohung, eine actio famosa zu erheben, weshalb auch hier die actio quod metus causa nicht Platz greifen soll. — L. 7. pr. D. h. t. — Der Ausdruck „infamia“ in der letztern Stelle ist, wie v. Savigny bemerkt, zweideutig, indem derselbe auch auf die Gefährdung des guten Rufes durch üble Nachreden bezogen werden kann. Richtig ist auch in diesem Sinne nec timorem infamiae hoc edicto contineri, da der Bedrohete es in seiner Macht hat, durch sein Verhalten die Unwahrheit jener Nachreden darzuthun, mithin jene Gefährdung nicht als majus malum angesehen werden kann, — wo aber jene Nachreden wahr sind, ein Grund ihn zu schützen ebensowenig vorhanden ist, als den mit einer öffentlichen Anklage Bedroheten unter derselben Voraussetzung.

Ob endlich die Drohung, Urkunden zu vernichten, von denen der Beweis der Ehe oder der ehelichen Abstammung abhängt, als die Androhung eines majus malum erscheint, hängt von den besonderen Umständen des Falles ab. Steht die eheliche Geburt des Bedroheten selbst zur Frage, so wird die bezügliche Androhung wenigstens dann als Androhung eines majoris mali erscheinen, wenn es an anderweitigen Beweismitteln fehlt, indem hiervon die ganze Stellung des Bedroheten in der Familie abhängt, wohingegen die Entscheidung anders ausfallen müßte, wenn es sich um eine Verwandtschaft entfernterer Art handelte. Ebenso würde das Edict zur Anwendung kommen, wenn es sich um die Frage handelte, ob eine Frau mit einem Manne ehelich verbunden gewesen, und ein Dritter die Erstere durch die Drohung, die bezüglichen Urkunden zu vernichten, zur Eingehung eines Rechtsgeschäftes bestimmte.

2. Die Drohung besteht in der Erklärung des Drohenden, dem Bedroheten mittelst einer positiven Handlung ein Uebel der beregten Art zufügen zu wollen, sofern er sich nicht zu dem entschließen

werde, was der Drohende erreichen will.[10] Davon ist der Fall zu unterscheiden, von dem Ulpian l. 9. § 1. D. h. t. sagt: operae potius mercedem accepit, wo Jemand einen Andern zum Abschlusse eines Rechtsgeschäftes dadurch bestimmt, daß er ihm eine positive Thätigkeit (etwa der Hülfeleistung in einer Gefahr) für den Fall der Eingehung des intendirten Rechtsgeschäftes zusagt.[11] Will man auch in diesem zweiten Falle von einer Drohung reden, obschon der Ausdruck hier nicht paßt, so muß man sagen:

während im erstern Falle die Drohung in der Erklärung von Seiten des Drohenden besteht, dem Bedroheten mittelst einer positiven Handlung ein Uebel zuzufügen, sofern er sich seinem Verlangen nicht fügt,

so wird im zweiten Falle

das Unterlassen der Hülfeleistung angedroht.

Und will man umgekehrt auch in dem ersteren Falle vom Drohenden sagen: „operae pretium accepit," obwohl dieser Ausdruck hier ebensowenig angemessen ist, als das Wort „Drohung" für den zweiten Fall, so muß man sagen:

während im zweiten Falle als opera die positive Hülfeleistung erscheint,

so besteht dieselbe

im ersteren Falle in dem Unterlassen der angedroheten beschädigenden Handlung.

Der Grund dieser Unterscheidung liegt darin: Zu einer positiven Hülfeleistung ist in der Regel Niemand rechtlich verbunden, Niemand mithin rechtlich behindert, sich einen Preis für solche Hülfe-

[10]) Es ist natürlich ganz gleichgültig, ob der A den B von vornherein mit körperlicher Mißhandlung ꝛc. bedroht, sofern er ihm nicht 100 schenken werde, oder ob er anfangs die Absicht hat, den B zu mißhandeln, demnächst sich aber durch eine Schenkung von 100 bestimmen läßt, von seinem Vorhaben abzustehen.

[11]) Das Leben des A ist von dem B bedroht. C befindet sich in der Nähe, und läßt sich für seine Hülfeleistung 100 versprechen. Oder: der A ist in Gefahr im Wasser zu ertrinken und verspricht dem B 100 für seine Rettung.

leistung auszubedingen.[12] Von diesem Satze liegt nur scheinbar eine Ausnahme da vor, wo das Unterlassen einer positiven Hülfeleistung in Wirklichkeit nur eine Fortsetzung einer positiven Widerrechtlichkeit sein würde. Dies ist der Fall, wenn Jemand einen Dritten bestimmt, das Leben eines Andern zu gefährden, und in dem Augenblicke der Gefährdung für seine Hülfe sich einen Vortheil ausbedingt,[13] oder wenn Jemand einen Andern heute in ein Gefängniß wirft, und ihn einige Tage nachher durch die Verheißung der Entlassung zu einer Schenkung ꝛc. bestimmt. Eine wirkliche Ausnahme muß dahingegen — eben, weil hier der obige Grund nicht zutrifft — in solchem Falle statuirt werden, wo Jemand zu einer positiven Thätigkeit rechtlich verpflichtet ist, und durch die Drohung der Unterlassung einen Andern zur Eingehung eines Rechtsgeschäftes bestimmt, vorausgesetzt, daß durch solche Unterlassung ein Uebel der eben beregten Art dem Bedroheten zugefügt werden würde.

3. An diese Erörterung knüpft sich eine andere Frage: ist als Voraussetzung der actio quod metus causa anzusehen, daß der Drohende kein Recht hatte zur Vornahme derjenigen Handlung, durch deren Androhung er den Bedroheten zu einem Rechtsgeschäfte bestimmte? Von vielen Seiten ist dieses behauptet worden; und so viel muß unbedenklich zugegeben werden, daß in den meisten Fällen die Zufügung eines Uebels der oben sub 1 bezeichneten Art eine Rechtsverletzung enthält. Allein nothwendig ist dieses nicht. So ist die actio quod metus causa begründet, wenn der Patron

---

[12]) Man könnte fragen, ob in einem solchen Falle die condictio ob turpem causam Platz greift, und für die Bejahung geltend machen, daß es eine Unsittlichkeit involvirt, sich für die Erfüllung einer moralischen Pflicht einen Vortheil auszubedingen. Indessen ist nicht Aufgabe des Rechts, der Unsittlichkeit in ihren feineren Gestaltungen entgegenzutreten. Die condictio ob turpem causam greift hier nicht Platz.

[13]) Vergl. l. 9. § 1. D. h. t. Sed licet vim factam a quocumque Praetor complectatur, eleganter tamen Pomponius ait, si quo magis te de vi hostium, vel latronum, vel populi tuerer, vel liberarem, aliquid a te accepero, vel te obligavero, non debere me hoc edicto teneri, *nisi ipse hanc tibi vim submisi.*

den undankbaren Freigelassenen, den er in die Sclaverei zurückzuziehen das Recht hat, durch Bedrohung seiner Freiheit zu einer Schenkung bestimmt.[14] Ebenso liegt ein metus causa gestum vor, wenn ein vom Ehemann auf frischer That ertappter Ehebrecher von demselben durch die Drohung, ihn zu tödten, zur Zuwendung eines Vermögensvortheils bestimmt wird, obschon dem Ehemanne unter bestimmten Voraussetzungen wirklich die Befugniß zustand, ihn zu tödten.[15]

Der Grund liegt darin, daß die Einwirkung des Drohenden auf den Bedroheten selbst in einem solchen Falle eine Unsittlichkeit involvirt, gegen welche es einer Abhülfe bedarf. Nur dann findet die actio quod metus causa nicht statt, wenn der Drohende ausnahmsweise zu der fraglichen Drohung ein Recht, mit andern Worten die Befugniß hat, eine Leistung grade auf diese Weise zu erzwingen, welcher Fall wohl nur bei öffentlichen Behörden vorkommen wird. Es kommt also nicht darauf an, ob die Zufügung des angedroheten Uebels, sondern ob die Drohung (die vis) gerechtfertigt oder ungerechtfertigt war. — Vim accipimus — sagt Ulpian l. 3. § 1. D. h. t., atrocem et *eam quae adversus bonos mores fiat*, non eam, quam magistratus recte intulit. Ceterum, si per injuriam quid fecit populi Romani magistratus — hoc edictum locum habere.

---

14) Argumento l. 21. pr. D. h. t. Der dort geltend gemachte Grund quia hunc sibi metum ipsa infert setzt nothwendig voraus, daß die fragliche Drohung an sich zur Begründung der actio quod metus causa genügt. Vergl. auch Savigny, System III, S. 105 f. Anmerk. m u. q.

15) Vergl. l. 7. § 1. D. h. t. Die Stelle lautet generell und ergreift daher sowohl die Fälle, wo dem Ehemann (oder dem Vater der Ehebrecherin) die Befugniß, den Ehebrecher zu tödten, zusteht, als auch die, wo dieses nicht der Fall ist. Auf's Bestimmteste ergiebt sich aus der besonderen Hervorhebung, daß auch ein Fall vorliegen könne, wo nicht erlaubt sei, den Ehebrecher zu tödten (verbis: sed potuerunt vel non jure occidi), daß auch der Jurist, und zwar ganz vornämlich, den erstgedachten Fall im Auge hat. — Derselbe Jurist, von dem diese Stelle herrührt — Ulpian — schließt in l. 4. D. de condict. ob t. c. (12, 5.) die condictio ob turpem causam aus, weil hier auch den Geber eine turpitudo trifft. — Die actio quod metus causa wird durch die turpitudo des Gebers nicht ausgeschlossen.

Ist hienach nun der Satz: „die Zufügung des angedroheten Uebels muß eine widerrechtliche sein," ein geradezu unrichtiger, so fehlt es bei der Aufstellung, die Drohung müsse eine widerrechtliche sein, an dem adäquaten Ausdruck für den an sich richtigen Gedanken. Einer positiven Qualification der Drohung, wie man hienach erwarten müßte, bedarf es nicht; nur darf dem Drohenden nicht ausnahmsweise das Recht zustehen, die beabsichtigte Leistung durch Drohung zu erzwingen.[16]

4. Nothwendig ist weiter, daß die in dem Bedroheten erregte Furcht eine begründete ist. Metum autem non vani hominis, sed qui merito et in hominem constantissimum cadat, ad hoc edictum pertinere dicemus, heißt es in l. 6. D. h. t. — Es liegen hierin zwei Momente enthalten. Zunächst muß die Drohung als eine ernstlich gemeinte erscheinen, d. h. nach den concreten Verhältnissen anzunehmen sein, daß der Drohende die Ausführung im Weigerungsfalle wirklich beabsichtigt. Dieses allein genügt aber nicht. Es ist möglich, daß der Drohende es ernstlich gemeint, aber unter den concreten Umständen der Bedrohete die Ausführung auf andere Weise als dadurch, daß er dem Willen des Drohenden sich fügte, abwenden konnte — etwa, weil er dem Drohenden an Körperkraft weit überlegen war, oder — wenn die Ausführung erst in späterer Zeit bevorstand — weil ihm in der Anrufung des richterlichen oder obrigkeitlichen Schutzes ein Mittel zu Gebote stand, die Ausführung zu verhindern. Man kann sagen: die Eingehung auf das vom Drohenden intendirte Rechtsgeschäft muß als das einzige Mittel erscheinen, der Ausführung der Drohung wirksam zu begegnen, wenn die Furcht als eine begründete dastehen soll.

---

[16]) Unrichtig ist es, wenn Manche durch die Forderung „einer Widerrechtlichkeit der Drohung" den s. g. metus reverentialis ausgeschlossen halten (v. Wächter, Würtemb. Privatrecht II, S. 762, Anmerk. 2). Richtig ist, daß der metus reverentialis nicht in Betracht kommt, aber nur deshalb, weil das in solchem Falle angedrohete Uebel (Entziehung des Wohlwollens, Erregung des Mißfallens, des Zorns u. s. w.) nicht zur Begründung der actio quod metus causa geeignet ist, vergl. oben sub 1.

Bei der Beurtheilung in beiden Beziehungen ist von der individuellen Lage des Bedroheten auszugehn, und demgemäß die Frage die: ob diesem unter den vorliegenden Verhältnissen die Drohung als ernstlich gemeint und das Sichfügen in den Willen des Drohenden als das einzige Mittel erscheinen mußte, der Ausführung wirksam zu begegnen. Es versteht sich hiernach von selbst, daß auf die physische Beschaffenheit des Bedroheten Rücksicht zu nehmen ist, und es einen Unterschied begründet, ob derselbe ein Mann oder ein Weib ist, in den kräftigsten Lebensjahren sich befindet, oder ein altersschwacher Greis ist. Dahingegen kommt es auf die besonderen psychischen Eigenthümlichkeiten des Bedroheten nicht an. Charakterschwäche findet keine Berücksichtigung; dem Bedroheten muß vielmehr bei der Beurtheilung eines concreten Falles diejenige Besonnenheit und Festigkeit zugeschrieben werden, die regelmäßig bei der besonderen physischen Beschaffenheit desselben erwartet werden kann.[17] Man kann hiernach sagen: der Stand-

---

[17]) Der Beweis hierfür liegt in der l. 6. D. h. t. metum autem non vani hominis, sed qui merito et in hominem constantissimum cadat, ad hoc edictum pertinere dicemus. Denn nur in Grundlage der physischen Beschaffenheit des Bedroheten kann die Frage beantwortet werden, ob in einem concreten Falle der metus als ein metus vani hominis zu betrachten ist, wohingegen andererseits klar ist, daß auf die psychischen Besonderheiten (Furchtsamkeit, Charakterschwäche) keine Rücksicht genommen werden soll. Auch die Stelle l. 3. D. ex quib. caus. majores (4, 6), welche zwar zunächst von der in integr. restit. propter absentiam redet, kann hier angezogen werden. Wenn nämlich nach den Eingangsworten — metus causa abesse videtur, qui justo timore mortis vel cruciatus corporis conterritus abest, so fortgefahren wird: et hoc ex affectu ejus intelligitur. Sed non sufficit quolibet terrore abductum timuisse, sed hujus rei disquisitio judicis est, so ist hinreichend klar, daß der Jurist bei den letzteren Worten nicht mehr an die Beschaffenheit des angedroheten Uebels, welches er ja vorhin bestimmt genug als timor *mortis* vel *cruciatus corporis* bezeichnet hat, denken kann, sondern das Moment zur richterlichen Cognition verstellt, welches vorher durch das Wort *justus* angedeutet war. Die Furcht muß eine gerechtfertigte sein; ob dieses der Fall ist, kann nur vom Standpunkt des Gezwungenen aus (et hoc ex affectu ejus intelligitur) beurtheilt werden. Die Fälle, in welchen dieses letztere anzunehmen ist, lassen sich aber nicht vom Rechte selbst in der Weise fixiren, wie dieses bei der objectiven Beschaffenheit des anzu-

punkt bei der Beurtheilung, ob die Furcht eine begründete ist, ist in Betreff der physischen Beschaffenheit des Bedroheten ein individueller, rücksichtlich der psychischen Beschaffenheit ein allgemeiner.

5. Nicht erforderlich ist — was oft genug behauptet worden — daß die Verwirklichung der Drohung augenblicklich zu erwarten steht. Die Stelle l. 9. pr. D. h. t. metum autem praesentem accipere debemus besagt nur, wie der Gegensatz non suspicionem inferendi ejus und der darauf besprochene Fall zeigt, daß eine Bedrohung wirklich erfolgt sein muß, nicht aber die Befürchtung, daß eine solche demnächst erfolgen werde, in Betracht kommt. Auch stehen die Stellen l. 21. D. h. t. und l. 8. § 1. eod. mit jener Annahme in Widerspruch. Bei der Drohung des Patrons den undankbaren Freigelassenen in die Sclaverei zu revociren, ist eine augenblickliche Realisirung nicht gedenkbar. Bei der zweiten Stelle l. 8. § 1. weiset nichts darauf hin, daß gerade die sofortige Unterdrückung der Urkunden angedroht ist. — In der Regel wird freilich nur eine Drohung in Betracht kommen, die sofort ausgeführt werden kann und soll, aber lediglich aus dem Grunde, weil, wo die Verwirklichung erst in einem späteren Zeitpunkte erfolgen kann, dem Bedroheten regelmäßig Mittel und Wege genug offen stehen werden, um die Ausführung zu verhindern, regelmäßig demnach die vom Drohenden erregte Furcht in einem solchen Falle als metus vani hominis erscheinen wird.

Wenn in vielen Stellen von metus schlechthin als der Voraussetzung für die Anwendlichkeit des Octavianischen Edicts die Rede ist, so ist derselbe mit den obigen Restrictionen zu denken. In diesem Sinne wird denn auch im weiteren Verlaufe von Zwang oder Drohung schlechthin gesprochen werden.

---

drohenden Uebels geschehen ist; vielmehr ist hier für die richterliche Beurtheilung ein freier Raum gegeben und nur soviel klar, daß nicht jeder äußere Anlaß (terror im Gegensatz zu timor) dazu hinreicht. — Andere Stellen, die hierher gehören, ohne jedoch nähern Aufschluß zu geben, sind l. 7. pr. D. h. t., l. 184. D. de R. J. (50, 17).

§ 5.
Gestaltung der Lehre vom Einflusse des Zwanges im Justinianeischen Rechte.

I. Grundsatz, ein erzwungenes Rechtsgeschäft ist an sich gültig.

A. Die *actio quod metus causa.*

1. Voraussetzungen in der Person des Klägers.

b. Vermögensnachtheil.

Wir haben bisher nur den Fall im Auge gehabt, daß der Bedrohete zur Eingehung eines Rechtsgeschäftes gezwungen worden ist. Daß das Prätorische Edict nur an diesen Fall denkt, ist aus dem ratum non habebo klar und ebenso unbestreitbar, daß fast sämmtliche Quellenstellen von einem erzwungenen Rechtsgeschäft reden. Ob die römische Jurisprudenz über diese Beschränkung hinausgegangen ist, wird in einem andern Zusammenhange weiter unten zur Sprache kommen.[1] Zunächst wird auch hinfort nur von diesem Falle die Rede sein.

Jedes Rechtsgeschäft führt eine Rechtsveränderung mit sich. Diese Veränderung muß das Vermögen betreffen, und zwar einen Vermögensnachtheil für den Gezwungenen involviren. Bestimmt ist dieses ausgesprochen in l. 12. § 2. D. h. t.

Julianus ait, et eum, qui vim adhibuit debitori suo, ut ei solveret, hoc edicto non teneri propter naturam quod metus causa actionis, quae damnum exigit.[2]

Von diesem Grundsatze aus wird in l. 14. pr. die Anwendlichkeit der actio quod metus causa in Abrede gestellt, wenn der durch eine peremtorische Einrede geschützte Schuldner den Gläubiger zwangsweise zur acceptilatio bestimmt.[3]

---

1) Vergl. unter § 6.

2) Die Bestimmungen des decreti Divi Marci scheiden wir von unserer Betrachtung aus.

3) Der Jurist kann hier natürlich nur an solche exceptiones denken, die eine anderweitige Verwendung nicht zulassen, z. B. die exceptio doli — nicht die exceptio compensationis. — Entgegengesetzten Falls würde allerdings ein damnum vorliegen.

Der rechtliche Nachtheil kann bestehen in dem Verluste eines Rechts (Veräußerung des Eigenthums, Aufgabe einer Servitut, Erlaß einer Forderung) oder der Uebernahme einer Verbindlichkeit — gleichviel in beiden Fällen ob ohne oder gegen ein Aequivalent, gleichviel, wie hoch der Werth dieses Aequivalents ist. Wer gezwungen eine Sache gekauft hat, ist dadurch, daß er aus dem Kaufcontracte zur Zahlung des Preises verbunden ist, und wenn er den Preis sofort bezahlt hat, durch die Veräußerung des Eigenthums an den nummis in einen rechtlichen Nachtheil versetzt, selbst wenn der Werth der Sache den Kaufpreis übersteigt. In beiden Fällen ist gleichgültig, ob der Verlust eines Rechts, resp. die Uebernahme einer Verbindlichkeit unbedingt oder bedingt erfolgt ist. Wer gezwungen unter einer Bedingung eine Sache veräußert hat, ist schon, bevor sich der Eintritt der Bedingung entschieden hat, verletzt.

Dem Verluste eines Rechts steht die Beschränkung des Umfanges, z. B. des Eigenthums, durch Bestellung einer Servitut gleich, der Uebernahme einer Verbindlichkeit die Erweiterung ihres Inhalts.

Dem Verluste eines Rechts ist weiter der Fall gleichzustellen, wenn Jemand, dem die Möglichkeit der Erwerbung eines Rechts, oder die Möglichkeit von einer Verpflichtung befreit zu werden, in der Weise eröffnet war, daß es von seinem Willen (resp. dessen gehöriger Erklärung) abhing, das Recht zu erwerben, oder sich von der Verpflichtung zu befreien, den Erwerb des Rechts ausschlägt, oder die ihm angebotene Befreiung zurückweiset. Beispiele der ersteren Art sind die (erzwungene) Ausschlagung einer Erbschaft,[4] die Ausschlagung einer in der Weise angebotenen Schenkung, eines Kaufcontracts u. s. w., daß der Offerent sich eine Zeit lang an seine Offerte gebunden erklärt. Ein Fall der zweiten Art würde vor-

---

[4]) Will man bei der Delation eines Erbrechts von einem selbstständigen Rechte auf Erwerb des deferirten Rechts reden, so muß man dieses auch in den oben weiter beregten Fällen thun. — Vergl. übrigens v. Wächter, Würtemb. Privatrecht, § 77, S. 609.

liegen, wenn der A dem B anbietet, ihm seine Schuld — etwa gegen einen von seiner Seite zu leistenden Dienst — zu erlassen, und ihm eine bestimmte Bedenkzeit giebt; hinterher aber B die Offerte ablehnt. Der Uebernahme einer Verbindlichkeit steht der Fall gleich, wenn Jemand einem Andern — gleichviel ob mit oder ohne ein Aequivalent — eine Offerte macht und sich seinerseits an dieselbe eine bestimmte Zeit gebunden erklärt.

§ 6.

Gestaltung der Lehre vom Einflusse des Zwanges im Justinianeischen Rechte.

I. Grundsatz, ein erzwungenes Rechtsgeschäft ist an sich gültig.

A. Die *actio quod metus causa.*

2. Voraussetzungen in der Person des Beklagten. Gegenstand und Besonderheiten der Klage. — Ausdehnung derselben auf andere Fälle, als die eines erzwungenen Rechtsgeschäftes.

Mit der Betrachtung über die Person des Beklagten hängt wesentlich die andere über den Gegenstand der Klage zusammen, weil dieser je nach der Verschiedenheit des Beklagten als ein wesentlich verschiedener erscheint.

Wir setzen auch hier noch vorläufig den Fall eines erzwungenen Rechtsgeschäftes voraus und fragen: wer ist der Klage unterworfen, und worauf ist der Anspruch des Klägers gerichtet?

I. Der Klage ist zunächst und unbeschränkt Der unterworfen, welcher den Zwang ausgeübt hat.

A. Folgende Fälle sind hier möglich:

1. Das erzwungene Rechtsgeschäft ist ein einseitiges. Man denke an den Fall der erzwungenen Antretung oder Ausschlagung einer angefallenen Erbschaft. Gegen den Zwingenden selbst ist immer die actio quod metus causa begründet, mag auch in Folge der Ausschlagung ein Dritter Erbe geworden sein. Vergl. l. 21. § 6. D. h. t.

2. Das erzwungene Rechtsgeschäft ist ein zweiseitiges.

a. Ist dasselbe mit dem Zwingenden selbst geschlossen, so kann die Zulässigkeit der Klage keinem Zweifel unterliegen. Fast sämmtliche Stellen der Pandecten, wie des Codex, haben gerade diesen Fall — der auch verhältnißmäßig der am meisten vorkommende sein wird — vor Augen.

b. Aber auch, wenn der A den B zwingt, dem C zu schenken, von ihm zu kaufen u. s. w.[1] — auch in diesem Falle ist der Zwingende selbst der Klage ausgesetzt.

B. Was ist Gegenstand der Klage, sofern dieselbe gegen den Zwingenden selbst erhoben wird?

Die Klage ist, sofern sie innerhalb eines Jahres, l. 14. §. 1. D. h. t., angestellt wird, gerichtet auf das Vierfache des Interesses.[2] Aber dieser Verurtheilung konnte der Beklagte dadurch entgehen, daß er innerhalb einer bestimmten, vom arbiter zu setzenden Frist den Kläger in natura zu voll entschädigte. War der Gläubiger zu einer acceptilatio gezwungen, so bestand die Naturalrestitution in der Constituirung einer neuen Obligation desselben Inhalts, hatte der Gezwungene sich dem Zwingenden gegenüber obligirt, in einem die Obligation ipso jure aufhebenden Erlaßvertrage; bei einer erzwungenen Eigenthumsübertragung in der Rückübertragung des Eigenthums und Herausgabe der Früchte, die der Kläger hätte ziehen können, l. 12. pr. D. h. t. Umgekehrt erhält der Zwingende zurück, was er dem Gezwungenen gegeben hat.[3]

Schon zur Zeit der classischen Juristen erscheint aber die Verurtheilung auf das quadruplum als ein Mittel, die Naturalresti-

---

[1]) Hatte der C hier Kenntniß vom Zwange, so war er Theilnehmer und die Bestimmung der l. 14. § 15. h. t.; si plures metum adhibuerint trifft zu.

[2]) Vergl. l. 14. § 7. D. h. t.: quadruplatur autem id, quanti ea res erit, id est cum fructibus et omni causa. Vergl. auch l. 21. § 2 u. Mommsen, Beiträge zum Obligationenrechte II, S. 53.

[3]) Vergl. l. 4. Cod. h. t. Ueber die singulaire Bestimmung der l. 11 vergl. Glück's Commentar, Theil V, S. 507, § 450, not. 62, und Schneider, die allgemein subsidiairen Klagen des R. R. S. 396 ff.

tution zu bewirken. Im Justinianeischen Rechte ist das rechte Verständniß derselben verschwunden;[4] vollends kennt das heutige gemeine Recht eine solche der Condemnation vorausgehende Aufforderung zur freiwilligen Erfüllung nicht. So können wir denn mindestens vom Standpunkte des heutigen Rechtes aus sagen, die actio quod metus causa ist auf Ersatz des vollen Interesse gerichtet. Auf Seiten des Verletzten ist die fragliche Klage mithin immer nur eine reipersecutorische, dahingegen kann sie vom Standpunkte des Zwingenden aus den Charakter einer (einseitigen) Strafklage annehmen. Schon in dem einfachen Falle einer erzwungenen acceptilatio war der Gläubiger, insofern seine untergegangene Forderung durch Bürgen gesichert war, befugt, vom Zwingenden zu verlangen, daß er dieselben — oder in gleicher Weise sichere — Bürgen ihm verschaffe, was unter Umständen für diesen mit einem Vermögensaufwande verbunden sein konnte. Hatte nämlich der Gezwungene gleich die Befugniß gegen die Bürgen zu klagen, ut se reponant in obligationem (worüber weiterhin), so konnte er sich doch auch dieserhalb allein an den Zwingenden halten, l. 10. § 1. D. h. t. Oder es konnte der Fall vorkommen, daß der Gezwungene nicht so viele Früchte von einer fruchttragenden Sache gezogen hatte, als dem Zwingenden möglich gewesen sein würde. Oder die Sache war vom Zwingenden weiter veräußert, oder auch untergegangen. In diesem letzteren Falle war der Zwingende nur dann befreit, wenn die Sache von einem Casus betroffen war, der dieselbe auch in den Händen des Gezwungenen getroffen haben würde, und selbst in diesem Falle haftete der Zwingende dann, wenn der Gezwungene die Sache veräußert haben würde, auf den Preis, den er dafür erlangt hätte. Vergl. l. 14. § 11. in fine D. h. t., womit die l. 1. Cod. h. t. zu vergleichen ist. — Ja möglicherweise hatte der Zwingende gar keinen Vortheil aus dem erzwungenen Rechtsgeschäfte gehabt, z. B. wenn dasselbe mit einem Dritten abgeschlossen war, oder eine erzwungene Ausschlagung

4) Vergl. Rudorff a. a. O. S. 163—166. — v. Savigny, System, Bd. V, S. 145.

einer Erbschaft zur Frage stand, in Folge deren ein Dritter Erbe geworden war.

So gestaltete sich denn die aus dem Zwange originirende Klage in ihrer Richtung gegen den Zwingenden zu einer Delictsklage. Sie originirt aus dem Factum des Zwanges und ist unabhängig von einem rechtswidrigen Haben.[5] Sie ist, wie die meisten Delictsklagen, vom Standpunkte des Klägers aus betrachtet reipersecutorisch, auf Seiten des Beklagten pönal, oder kann vielmehr auf dessen Seite einen pönalen Charakter annehmen. So wird sie denn auch von Ulpian als eine Klage aus einem Delicte bezeichnet (l. 16. § 2. D. h. t. vergl. die Worte: attamen quod turpiter vel scelere quaesitum est), und in l. 1. Cod. h. t. mit anderen Delictsklagen zusammengestellt. Nach l. 14. § 13 concurrirt sie electiv mit der actio de dolo, in l. 19. pr. wird eines Falles gedacht, wo sie mit dem interdictum quod vi aut clam concurrirt. — Und wie aus allen Delicten, die von Sclaven begangen werden, die bezügliche Klage als noxalis actio gegen den Herrn angestellt werden konnte,[6] so gilt dasselbe nach l. 16. § 1 auch von der actio q. m. c. Der Delictsnatur entsprechend ist die Bestimmung der l. 14. § 15 über die solidarische Verbindlichkeit mehrerer Theilnehmer am Zwange, ebenso die Bestimmung der l. 16. § 2 und l. 17 über die Haftung der Erben des Zwingenden in id, quod ad eos pervenit.[7]

Gegen die Delictsnatur würde freilich sprechen, wenn die actio quod metus causa auch gegen juristische Personen, ohne Rücksicht darauf, ob sie aus dem erzwungenen Rechtsgeschäfte Vortheil gezogen haben, angestellt werden könnte. Dieses ist oft in Grundlage einer Stelle des Ulpian l. 9. § 1 und 3. D. h. t.

---

5) v. Savigny, Obligationenrecht, Bd. II, S. 294.

6) Vergl. v. Savigny, System, Bd. V, S. 44 f. u. S. 133.

7) Vergl. l. 16. § 2. D. h. t.: Haec actio heredi ceterisque successoribus datur, quoniam rei habet persecutionem. *In heredem autem et ceteros in id, quod pervenit ad eos, datur non immerito.* Vergl. auch l. 17. Ueber die bekannte Aenderung des kanonischen Rechts vergl. v. Savigny, System, Bd. V, S. 51 ff.

behauptet,[8] aber mit völligem Unrecht. Derselbe Ulpian, der in l. 15. § 1. D. de dolo malo (4, 3) in Abrede stellt, daß gegen ein municipium die actio de dolo erhoben werden könne, weil dasselbe als juristische Person eines Delicts nicht fähig sei, sagt in l. 9. § 1. D. h. t.:

animadvertendum est autem, quod Praetor hoc edicto generaliter et *in rem* loquitur, nec adjicit, a quo gestum. Et, ideo sive singularis sit persona, quae metum intulit, vel populus, vel curia, vel collegium, vel corpus huic edicto locus erit (libro XI. ad Edictum).

Die Eingangsworte müssen über den Sinn der Worte von et ideo an Aufschluß geben, da sie den Grund für den letzteren Satz enthalten sollen. Jene Eingangsworte besagen Folgendes:

das Prätorische Edict lautet generell: quod metus causa gestum est, ratum non habebo, ohne daß der Person des Zwingenden Erwähnung geschieht. Die Klage geht daher in rem, ohne auf die Person des Zwingenden beschränkt zu sein.

Mit anderen Worten, der Sinn ist derselbe, wie der Sinn der in § 8 derselben Stelle enthaltenen Worte:

quum autem haec actio in rem sit scripta, nec personam vim facientis coerceat, sed adversus omnes restitui velit, quod metus causa factum est,

und der ebenfalls aus Ulpian's libr. XI. ad Edictum entnommenen Stelle l. 14. § 3:

in hac actione non quaeritur, utrum is, qui convenitur, an alius metum fecit.

Wenn demnach der hier zur Rede stehende Satz in der Weise begründet wird:

der Prätor sagt generell: quod metus causa gestum est, ratum non habebo, und sonach ist die actio quod metus

---

[8]) Neuerdings unter Andern von Schmidt v. Ilmenau, Civilistische Abhandlungen I, 1. S. 15. Ihn trifft aber wohl derselbe Vorwurf, mit dem er so freigebig gegen Andere ist — des Mangels einer gründlichen Exegese.

causa nicht auf die Person des Zwingenden beschränkt, vielmehr gegen jeden zuständig, der einen Vortheil aus dem erzwungenen Rechtsgeschäfte hat,

so kann jener Satz selbst nicht besagen:

die actio q. m. c. kann auch gegen juristische Personen angestellt werden, wenn von diesen der Zwang ausgegangen ist,

sondern nur:

die actio q. m. c. ist gegen denjenigen gerichtet, der einen Vortheil aus dem erzwungenen Rechtsgeschäft gezogen hat, selbst wenn von einer juristischen Person der Zwang ausgegangen ist.

Wenn nun sonach die Zulässigkeit der *actio q. m. c.* bei einer von einer juristischen Person ausgegangenen Drohung **daraus abgeleitet wird**, daß die fragliche Klage nicht blos gegen den Zwingenden, **sondern auch gegen dritte Personen geht**, die einen Vortheil vom Zwang haben (vergl. die Worte et ideo), so wird eben damit indirect anerkannt, daß gegen eine juristische Person nicht schon deshalb die *actio q. m. c.* erhoben werden kann, weil von dieser der Zwang ausgegangen, mithin gerade die Delictsnatur der fraglichen Klage vorausgesetzt. — Man wende nicht ein, daß von dieser Auffassung nicht einmal gesagt werden könne, der Zwang sei von einer juristischen Person ausgegangen, sondern nur, von den einzelnen Mitgliedern derselben. Richtig ist, daß vom rechtlichen Standpunkt aus nicht gesagt werden kann, eine juristische Person hat den Zwang ausgeübt, aber als Ausdruck des gewöhnlichen Lebens sind jene Worte zulässig zur Bezeichnung, daß die Vertreter den Zwang ausgeübt, insofern dieselben nur rechtlich nicht urgirt werden.

Nur dann ist natürlich auch gegen eine juristische Person die fragliche Klage statthaft, wenn diese eben einen Vortheil aus dem erzwungenen Rechtsgeschäfte hat, in welchem Falle die Klage nicht als Delictsklage erscheint, und es gleichgültig ist, wer den Zwang ausgeübt. So wird denn auch in § 3 derselben lex die Klage wider die Gemeinde der Campaner in einem Falle gestattet,

wo diese aus dem erzwungenen Rechtsgeschäfte einen Vortheil hatte.[9]

Der Gedanke, der dieser Stelle zu Grunde liegt, läßt sich so wiedergeben:

1. Die actio quod metus causa ist in ihrer Richtung gegen den Zwingenden selbst (abgesehen von dem Falle, daß dieser einen Vortheil aus dem erzwungenen Rechtsgeschäfte noch gegenwärtig in Händen hat) eine Delictsklage.

2. Juristische Personen sind eines Delicts nicht fähig.

3. Wenn demnach die fragliche Klage nur gegen den Zwingenden selbst angestellt werden könnte, so würde sie ausgeschlossen sein, wenn der Zwang von Seiten einer juristischen Person erfolgt wäre.

4. Aber das Edict lautet in rem, und die Klage geht sonach gegen jede Person, welche einen Vortheil aus dem erzwungenen Rechtsgeschäfte gezogen hat.

5. Mithin kommt es für die Zulässigkeit der actio q. m. c. überall nicht darauf an, ob eine physische oder eine juristische Person den Zwang ausgeübt hat. Ist der A von Seiten einer juristischen Person gezwungen, dem B eine Sache zu schenken, verkaufen u. s. w., so ist gegen den B die actio q. m. c. begründet.

6. Sofern aber die juristische Person selbst Vortheil aus dem erzwungenen Rechtsgeschäfte hat, geht die Klage auch gegen diese, einerlei von wem der Zwang geübt worden. Eine Klage aus diesem Grunde ist keine Delictsklage.

Man kann immerhin einwenden, auch von dieser Auffassung aus erscheine die Verbindung beider Sätze der l. 9. § 1 mit et ideo unlogisch. Denn auch wenn der erste Satz, durch welchen der zweite begründet wird, die actio q. m. c. geht in rem, nicht richtig wäre, würde in einem Falle, wo eine juristische Person den Zwang ausgeübt, die actio q. m. c. — und zwar gegen die einzelnen Vertreter, die delinquirt haben, angestellt werden können.

---

[9]) Vergl. auch v. Savigny, System, Bd. II, S. 320 f. Dagegen Sintenis, Civilrecht, zweite Auflage, Leipzig 1860, Bd. I, S. 122 ff.

Dieses ist richtig, jedenfalls aber liegt diese Erwägung zu fern, als daß aus diesem Grunde der Sinn des Satzes, wie er oben herausgestellt ist, in Zweifel gezogen werden könnte.

Es wird demnach dabei bleiben: die actio quod metus causa ist in ihrer Richtung gegen den Zwingenden selbst — insofern dabei abgesehen wird von dem Umstande, ob dieser noch gegenwärtig einen Vortheil aus dem erzwungenen Rechtsgeschäfte hat — eine Delictsklage.

Von diesem Standpunkte aus war aber ein Grund für die anfängliche Beschränkung der Klage auf erzwungene Rechtsgeschäfte nicht vorhanden. Ist die römische Jurisprudenz über diese Beschränkung hinausgegangen?[10]

In unseren Quellen kommen nur wenige Beispiele vor, in denen die actio quod metus causa zugelassen wird, ohne daß ein erzwungenes Rechtsgeschäft vorliegt; diese wenigen Beispiele genügen aber, um die obige Frage zu bejahen. Ein Rechtsgeschäft liegt vor bei einer erzwungenen Tradition, aber nicht, wenn der Bedrohete durch Drohungen vermocht wird, sein Grundstück zu verlassen. Gleichwohl wird auch in diesem letzteren Falle die fragliche Klage gegeben, l. 9. pr. verbis: Aliter atque si postea, quam armati ingressi sunt, tunc discessi. Ein bloßes Unterlassen ist kein Rechtsgeschäft. Gleichwohl wird in derselben Stelle die Zulässigkeit der actio q. m. c. gegen den Drohenden anerkannt, wenn er bei einem Bau auf fremdem Grundstücke den Eigenthümer hindert, sich im Besitze zu schützen.

In beiden Fällen ist der durch den Zwang erlittene Nachtheil ein rechtlicher, und es könnte hienach den Anschein gewinnen, als ob wenigstens jenes Requisit einer für das Vermögen des Gezwungenen eingetretenen nachtheiligen Rechtsveränderung festgehalten werden müßte. Bei einem erzwungenen Rechtsgeschäfte ergiebt sich von selbst, daß der Nachtheil nur ein rechtlicher sein

---

[10]) Einer der Wenigen, welche diese Frage überhaupt nur aufgeworfen haben, ist Unterholzner, Schuldverhältnisse, Bd. II, S. 83, der übrigens zu einem von dem obigen abweichenden Ergebniß gelangt.

kann, die gedachten beiden Fälle, wo ein Rechtsgeschäft nicht vorliegt, schließen sich somit noch nahe an die Fälle eines erzwungenen Rechtsgeschäftes an.[11] Aber wie von der Auffassung der Drohung aus als eines Privatdelicts kein Grund zu dieser Beschränkung ist, so sind die römischen Juristen auch über diese Schranke hinausgegangen. Es kommt hier die in neuester Zeit ganz unbeachtet gebliebene Stelle l. 9. § 2. D. h. t. in Betracht:

Idem Pomponius scribit, quosdam bene putare, etiam servi manumissionem, *vel aedificii depositionem*, quam quis coactus fecit, ad restitutionem hujus edicti porrigendam esse.

Was bedeutet aedificii depositio? Zweifelsohne nichts Anderes als destructio oder demolitio aedificii. In dieser Bedeutung kommt deponere vielfach, namentlich gerade in Verbindung mit den Worten aedes und aedificium in den Quellen vor.[12]

Die Basiliken fassen die Worte ebenso auf und geben die Stelle so wieder: *ἐὰν κατὰ βίαν ἐλευθερώσω, ἢ καταλύσω κτίσμα, χώρα τῇ ἀποκαταστάσει.*

---

11) Die nahe Verwandtschaft beider Fälle, wo ein Rechtsgeschäft erzwungen ist, und wo eine mit einem rechtlichen Nachtheil für den Gezwungenen verbundene Handlung anderer Art (im weitesten Sinne, Unterlassungen eingerechnet), ergiebt sich leicht aus der Betrachtung folgender Beispiele: Der A ist zum Erben eingesetzt, der B zwingt ihn, auszuschlagen. Der A ist unter einer Protestativbedingung zum Erben eingesetzt, bei welcher die Absicht des Erblassers wirklich auf den Erfolg gerichtet war. Der B zwingt ihn die Erfüllung zu unterlassen. — Oder: A hat dem B den Abschluß eines Kaufcontracts angeboten, mit dem Bemerken, daß er seinerseits 3 Tage gebunden sein wolle, nach Ablauf dieser 3 Tage die Offerte aber von selbst erlöschen solle. — Der C zwingt den B die Offerte abzulehnen, der C hindert ihn zwangsweise am dritten und letzten Tage die Offerte zu acceptiren.

12) Es sollen hier nur diejenigen Stellen herausgehoben werden, in denen dem Worte deponere in Verbindung mit *aedes* oder *aedificium* der obige Sinn beikommt l. 17. § 1. l. 31. D. de serv. praed. urb. (8, 2), l. 6. pr. D. si serv. vindic. (8, 5), l. 4. § 3. D. fin. regund. (10, 1), l. 23. § 2. D. de usurp. et usuc. (41, 3), l. 2. Cod. de aed. priv. (8, 10). Andere Stellen, wo deponere, mit anderen Wörtern verbunden, in dem gleichen Sinne vorkommt, siehe bei Brissonius und Dirksen.

In gleicher Weise versteht die Glosse die Stelle, desgleichen Cujacius[13] und Andere.[14] Die abweichende Ansicht derer, welche an ein erzwungenes Depositum (einer unbeweglichen Sache) denken, bedarf keiner Widerlegung; mit größerem Rechte könnte man depositio für gleichbedeutend nehmen mit derelictio. Allein wenn auch das Wort deponere in diesem Sinne — wiewohl selten — vorkommt, so wäre doch der Ausdruck depositionem aedificii facere für aedificium derelinquere gar zu ungefügig!

Indem Pomponius die Ansicht dieser quorundam billigt, die bezügliche Stelle desselben von Ulpian in seinen Commentar ad edictum und die letztere Stelle in die Justinianeische Compilation aufgenommen ist, so ist eben damit die Auffassung des Zwanges als eines Privatdelicts, aus welchem gegen den Zwingenden selbst auf vollen Schadenersatz geklagt werden kann, zur reinen Durchführung gekommen, während dem Prätorischen Edicte selbst der Gesichtspunkt ausschließlich zu Grunde lag, eine Klage zu geben, welche den Satz, erzwungene Rechtsgeschäfte sind gültig, in seinen praktischen Folgen für den Gezwungenen beseitigte.

II. Die Klage geht aber zugleich gegen jeden Dritten, der aus dem erzwungenen Rechtsgeschäfte — die Klage gegen Dritte hat den Abschluß eines Rechtsgeschäftes zur nothwendigen Voraussetzung[15] — einen Vortheil hat, der ihm bei vorausgesetzter Richtigkeit des erzwungenen Rechtsgeschäfts nicht zukommt.

A. Aus der Betrachtung aller einzelnen, hieher gehöriger Fälle wird dieses klar werden.

---

13) In seinem Commentar ad hunc titulum ed. Paris 1658 tom. I. column. 983. Er bemerkt, daß gestum (quod metus causa gestum est) nicht blos auf Rechtsgeschäfte sich beziehe, und beruft sich dabei gerade auf diese Stelle.

14) So auch A. Faber, rationalia in Pandectas ad hunc locum nach der Ausgabe von 1619 fol. 518 seq. Schulting notae ad Pandectas herausgegeben von Smallenburg, Lugd. Batav. 1804 tom. I, pag. 497. — Schneider, subsidiäre Klagen des R. R. S. 402.

15) Die Ausdehnung, von der vorher die Rede, hat nur in der Richtung der Klage gegen den Zwingenden Statt.

1. Das erzwungene Rechtsgeschäft ist ein einseitiges. In den Quellen wird des Falles der Ausschlagung einer Erbschaft, der Antretung derselben, der Pollicitation zu Gunsten einer Stadtgemeinde gedacht. Fassen wir den ersten Fall in's Auge und setzen: der A ist in einem Testamente zum Erben eingesetzt, ihm substituirt der B. Der C zwingt den A das ihm deferirte Erbrecht auszuschlagen, in Folge hiervon wird der B, der vom Zwange keine Kenntniß hat, Erbe. Hier hat der A, außer der Klage gegen den Zwingenden, noch die actio q. m. c. gegen den Erben B auf Herausgabe desjenigen Vortheils, den er in Folge des erzwungenen Ausschlagens erworben hat, mithin auf Herausgabe der Erbschaft. Erbe bleibt der B, er ist den Erbschaftsgläubigern verhaftet, die Klage ist demnach auf den Activbestand nach Abzug der Passiva zu beschränken.[16] — Mehr Schwierigkeiten bietet die Klage gegen dritte Personen (die Erbschaftsgläubiger) in dem zweiten Falle, wenn der A von B gezwungen wird, eine überschuldete Erbschaft anzutreten. Einfach freilich ist die Sache, wenn gar keine Activa in der Erbschaft enthalten sind — ein Fall der praktisch wohl nie vorkommen mag — hier könnte der zur Antretung Gezwungene mit der actio q. m. c. vollständige Liberirung verlangen, oder den Klagen der Gläubiger, und zwar mit Wirkung rücksichtlich des ganzen Betrags der Forderung die exceptio metus entgegensetzen. Auch in dem Falle, wo nur Ein Erbschaftsgläubiger existirt, finden keine erheblichen Schwierigkeiten statt. An sich ist der Erbe zur vollen Zahlung verbunden; aber wie er der Klage die exceptio metus, insoweit die eingeklagte Forderung das Activvermögen übersteigt, entgegensetzen kann, so hat er auch bezüglich dieses plus die actio quod metus causa auf Liberirung. Aber abgesehen

---

16) In den Quellen wird nur allgemein die Zulässigkeit der actio q. m. c. bei einer erzwungenen Ausschlagung anerkannt, ohne daß speciell gesagt wird, gegen wen dieselbe gerichtet werden soll, l. 21. § 6. D. h. t. Aus den allgemeinen Grundsätzen über die Haftung dritter Personen bei der fraglichen Klage (worüber im Texte weiterhin) ergiebt sich, daß die Klage auch gegen den angestellt werden kann, der in Folge solcher Ausschlagung Erbe geworden.

von solchen seltenen Fällen, treten der Durchführung der actio q. m. c. erhebliche Schwierigkeiten entgegen. Diese Klage wird nämlich auf Liberirung gerichtet werden müssen, insoweit die einzelnen Gläubiger durch die erzwungene Antretung bereichert sind. Bereichert ist ein Jeder um denjenigen Theil seiner Forderung, bezüglich dessen er bei der missio in bona defuncti in Folge der Concurrenz der übrigen leer ausgegangen sein würde. — So ist denn auch hier zwar die actio q. m. c. statthaft, ihre praktische Durchführung stößt aber auf Schwierigkeiten, die eine anderweitige Abhülfe dringend nothwendig machen.[17]

Der letzte Fall, der Fall einer erzwungenen Pollicitation, ist einfach.

2. Das erzwungene Rechtsgeschäft ist ein zweiseitiges. Zwei Fälle sind hier zu scheiden.

a. Das Rechtsgeschäft ist geschlossen mit dem Dritten. Der A bestimmt den B durch Drohungen, dem C zu schenken, von ihm zu kaufen u. s. w., ohne daß der C vom Zwange Kenntniß hat.[18]

b. Das Rechtsgeschäft ist abgeschlossen mit dem Zwingenden selbst. Auf zweifache Weise kann hier ein Dritter aus dem erzwungenen Rechtsgeschäfte Vortheil ziehen.

α. Unmittelbar durch den Abschluß des Rechtsgeschäfts zwischen dem Zwingenden und dem Gezwungenen. Der fidejussor (oder der Hauptschuldner) zwingt den Gläubiger zur acceptilatio, wodurch die Verpflichtung des Hauptschuldners (im anderen Falle des fidejussor) von selbst untergeht.

β. Mittelbar. Der A zwingt den B, ihm eine Sache zu schenken, zu verkaufen. Später überträgt der A das erworbene Recht auf einen Dritten, er schenkt ihm die Sache, er cedirt ihm seine Forderung aus dem Kaufcontract u. s. w.

Ob in allen diesen sub 2 aufgeführten Fällen die actio q. m. c.

---

[17]) Vergl. weiterhin § 7 gegen Ende.

[18]) Hat er Kenntniß vom Zwange, so ist er Theilnehmer, vergl. Anmerk. 1. Wer mithin solches Wissen von Seiten des Dritten für erforderlich hält, ist der Ansicht, daß die Klage nur gegen den Zwingenden gerichtet sein darf.

auch gegen den Dritten erhoben werden könne, war unter den Römischen Juristen ausnehmend bestritten. In dem Falle sub 2, b *α* hatte Julian die Zuständigkeit der Klage gegen einen Dritten in Abrede genommen. Dawider war Marcellus aufgetreten. Des letzteren Ansicht billigt Ulpian. Die Stelle schließt mit den Worten:

Sed est verius, quod Marcellus notat, etiam adversus reum competere hanc actionem, quum in rem sit scripta.

Die Klage ist gegen den reus auf Constituirung einer neuen Obligatio gerichtet, desselben Inhalts wie die alte. — Derselben Ansicht wie Marcellus und Ulpian ist auch Gajus in seinem liber IV ad edictum provinciale; er gestattet gegen die Fidejussoren, die durch eine von dem Hauptschuldner erzwungene acceptilatio befreit sind, eine Klage, ut se reponant in obligationem. — Die bezüglichen Stellen von Ulpian und Gajus sind den Digesten einverleibt l. 9. § 8 und l. 10 D. h. t.[19]

Auch in Ansehung der beiden anderen Fälle sub 2 a und sub 2 b *β* kehrt derselbe Streit unter den Juristen wieder. Auf den letzteren Fall bezieht sich die Stelle l. 14. § 5. D. h. t.

unde quidam putant, bonae fidei emtorem ab eo, qui vim intulit, comparantem non teneri, nec eum, qui dono accepit, vel cui res legata sit,

auf den ersteren die l. 5. Cod. h. t.

Non interest, a quo vis adhibita sit patri et patruo tuo, utrum ab emtore, an vero sciente emtore ab alio, ut vi

---

[19]) Die Stelle lautet vollständig so: l. 9. § 8. **Quum autem haec actio in rem sit scripta, nec personam vim facientis coërceat, sed adversus omnes restitui velit, quod metus causa factum est, non immerito Julianus a Marcello notatus est scribens: si fidejussor vim intulit, ut accepto liberaretur, in reum non esse restituendam actionem, sed fidejussorem, nisi adversus reum quoque actionem restituat, debere in quadruplum condemnari. Sed est verius, quod Marcellus notat, etiam adversus reum competere hanc actionem, quum in rem sit scripta.**

L. 10. **Gajus libro IV ad edictum provinciale. Illud verum est, si ex facto debitoris metum adhibentis fidejussores acceptilatione liberati sint, etiam adversus fidejussores agi posse, ut se reponant in obligationem.**

metuve possessionem vendere cogerentur. Nam si adhibita vi compulsi sunt, possessiones suas, quae majore valebant, minimo distrahere, jurisdictionis tenore, ut id, quod improbe factum est, in priorem statum revolvatur, impetrabunt.

Die Ansicht Derjenigen, von denen in der l. 14. § 5. die Rede ist (quidam), ist wesentlich dieselbe, die sich in dem angezogenen Rescripte ausspricht,[20] und wie die Ansicht des Julian in dem Fall sub 2. b. α. Aber dasselbe Schicksal, welches die Ansicht des Letzteren erfuhr, traf auch die Meinung dieser quidam. Der Jurist aus dem die Stelle l. 14. § 5. entnommen ist, fährt nach den bereits mitgetheilten Worten fort:

Sec rectissime Viviano videtur, etiam hos teneri, ne metus, quem passus sum, mihi captiosus sit. Pedius quoque libro VIII scribit, arbitrium judicis in restituenda re tale esse, ut eum quidem, qui vim admisit, jubeat restituere, etiamsi ad alium res pervenit, eumautem, ad quem pervenit etiamsi alius metum fecit, nam in alterius praemium verti alienum metum non oportet.

So ist denn auch, was die l. 5. Cod. anlangt, nach der Analogie der übrigen Fälle sub 2. b. α und β kaum noch zweifelhaft, daß die Worte sciente emtore, (wenn sie nicht vielleicht lediglich aus dem concreten, der kaiserlichen Entscheidung vorgelegten Falle entnommen sind) — einem im Justinianeischen Rechte überwundenen Standpunkte angehören. Es kann nach jener Analogie in dem Fall, wo der A den B zwingt, dem C zu schenken, verkaufen u. s. w. für die Frage, ob der C der actio q. m. c. ausgesetzt ist, nicht darauf ankommen, ob derselbe vom Zwange Kenntniß hatte. Zum Ueberfluß ist dieses aufs Bestimmteste in der l. 14. § 3. anerkannt:

In hac actione non quaeritur, utrum is qui convenitur, an alius metum fecerit, sufficit enim hoc docere, metum sibi illatum, vel vim, et ex hac re eum, qui convenitur, etsi

---

[20]) Vergl. die Worte sciente emtore und die Anmerkung 18.

crimine caret, lucrum tamen sensisse. Nam quum metus habeat in se ignorantiam, merito quis non adstringitur, ut designet, quis ei metum vel vim adhibuerit, et ideo ad hoc tantum actor adstringitur, ut doceat, metum in causa fuisse, ut ei acceptam pecuniam faceret, vel rem traderet, vel quid aliud faceret. Nec cuiquam iniquum videatur, ex alieno facto alium in quadruplum condemnari, quia non statim quadrupli est actio, sed si res non restituatur.

Hiernach gehört zur Begründung der actio q. m. c. gegen den A, mit welchem das erzwungene Rechtsgeschäft abgeschlossen worden, nicht, daß auch der Zwang von dem A selbst verübt ist. Es genügt, wenn nur überhaupt das fragliche Rechtsgeschäft durch Drohungen erzwungen worden, gleichviel ob von Seiten des A selbst, oder irgend einer anderen Person. — Dasselbe würde die l. 16. pr. besagen:

quod diximus, si plures metum admiserunt, idem dicendum erit, etsi ad alium res pervenit, alter metum adhibuit,

wenn man bei dem pervenit zu denken hätte „unmittelbar von dem Gezwungenen". Es ist aber auch grammatisch möglich, bei dem gedachten Worte zu subintelligiren „von dem Zwingenden", in welchem Fall dieser Satz sich auf den Fall sub 2. b. β bezieht.

Somit ist denn für das Justinianeische Recht außer allem Zweifel: die actio q. m. c. geht in rem in dem oben angegebenen Sinne. Diese Besonderheit manifestirte sich auch in der Klageformel, die den Namen des Zwingenden nicht nothwendig zu enthalten brauchte.[21] Aus diesem Grunde wird denn auch die Klage als eine actio in rem scripta bezeichnet.[22]

---

[21]) Merito quis non *adstringitur*, ut designet, quis ei metum vel vim adhibuerit l. 14 § 3 D. h. t. Natürlich war es zulässig, daß die Formel den Namen des Zwingenden enthielt, sie mußte dieses, wo entweder überall eine Klage gegen dritte Personen ausgeschlossen war (bei erzwungenen Handlungen, die keine Rechtsgeschäfte waren), oder wo Prästationen eingeklagt wurden, die nur vom Zwingenden gefordert werden konnten. Vergl. auch l. 15 § 3. D. de dol. mal (4, 3).

[22]) Vergl. Schmidt-Ilmenau in der angezogenen Schrift S. 3 ff.

B. Mit der Weiterbildung der Klage in ihrer Richtung gegen Dritte, die, wie oben gezeigt, nicht ohne Kampf vor sich ging, hing die Ausbildung in einer anderen Beziehung — bezüglich des **Gegenstandes** derselben — zusammen. Es galt nämlich, den pönalen Charakter fern zu halten. Zwar konnte die Möglichkeit einer Verurtheilung auf das quadruplum kein Bedenken erregen,[23] da diese erst eintrat, wenn der Beklagte dem arbitrium de re restituenda keine Folge gegeben hatte. Aber das arbitrium selbst (nach heutigem Rechte die Verurtheilung) mußte auf eine wesentlich andere Leistung gerichtet sein. Das Interesse des Klägers, um welches es sich in der Klage gegen den Zwingenden selbst handelte, konnte hier nicht maßgebend sein.

Aber welcher Gesichtspunkt ist hier der entscheidende? Es ist nothwendig, diesen bestimmt herauszuheben, weil sich danach eine Reihe von Fragen beantwortet, welche die Neueren fast gar nicht mehr aufzuwerfen pflegen, die Aelteren dahingegen principlos entscheiden. Man denke an eine erzwungene Eigenthumsübertragung: der A zwingt den B, an den C, der vom Zwange nichts weiß, eine Sache zu veräußern, oder der A veräußert die Sache, die ihm zwangsweise von B verkauft worden, an den C. Wie steht es hier mit der Herausgabe der Früchte? Wie steht es in dem Falle, wo die Sache selbst untergegangen ist? In dem zweiten Falle, wenn der Zwingende die Sache, die er zwangsweise gekauft hat, einem Dritten veräußert, erhebt sich rücksichtlich der Rückzahlung des Kaufgeldes von Seiten des Gezwungenen eine noch größere Schwierigkeit. Wem ist das Kaufgeld zurückzuzahlen, dem Zwingenden oder dem Dritten, und wenn diese Frage zu Gunsten des Dritten entschieden wird, wird das Kaufgeld zu Grunde gelegt, welches der Gezwungene erhalten, oder welches der Dritte an den Zwingenden bei der Weiterveräußerung gezahlt hat?

---

[23]) l. 14. § 3. Nec cuiquam iniquum videatur, ex alieno facto alium in quadruplum condemnari, quia non statim quadrupli est actio.

Die Römischen Juristen stellen hier den Grundsatz auf, daß der Dritte lediglich den Vortheil, den er gezogen, wieder herauszugeben habe. Vergl. die Worte der oben mitgetheilten l. 14. § 3. sufficit lucrum eum sensisse. Es kommt darauf an, den Begriff des Vortheils genau zu bestimmen. Am nächsten liegt es, schlechthin an den Vortheil zu denken, den der Dritte, — sei es unmittelbar, sei es mittelbar (im Falle einer Weiterveräußerung von Seiten des Zwingenden an ihn) — aus dem erzwungenen Rechtsgeschäfte gezogen hat. Daraus würde sich aber als Consequenz ergeben, daß der Gezwungene den Preis an den Dritten zahlen muß, den dieser dem Zwingenden gegeben. Man wende nicht ein, der Dritte kann wegen seines Regreßanspruchs gegen seinen Verkäufer nicht zu kurz kommen. Denn schon der Umstand, daß er statt des Geldes, welches er gegeben, eine Forderung erhält, begründet einen Nachtheil, vollends ist dieses klar, wenn der Zwingende sich entfernt hat und sein Aufenthalt unbekannt ist, oder wenn er insolvent ist. — Den Gezwungenen aber für verbunden halten, den Kaufpreis, den der Dritte gezahlt, diesem zu erstatten, heißt nichts anders, als die actio q. m. c. gegen dritte Personen, gerade in solchen Fällen, wie sie im Leben noch verhältnißmäßig am häufigsten vorkommen, praktisch vernichten.

Das Princip ergiebt sich aus dem Zwecke der Klage. Der Satz stand fest „erzwungene Rechtsgeschäfte sind an sich gültig". Der Prätor führte aber in der actio q. m. c. eine Klage ein, die die praktisch nachtheiligen Folgen jenes Satzes für den Gezwungenen beseitigen sollte. In der Richtung der Klage gegen den Zwingenden selbst wurde später ein anderer Grundsatz herrschend, die Auffassung des Zwangs als eines Delicts; in der Richtung gegen dritte Personen hingegen kam der ursprüngliche Gesichtspunkt rein zur Durchführung. Es sollte durch die fragliche Klage praktisch dasselbe Resultat erreicht werden, als wenn der Rechtssatz bestände, erzwungene Rechtsgeschäfte sind nichtig, und zwar sowohl auf Seiten des Beklagten, als des Klägers. Man muß daher sagen: der Dritte hat an den Gezwungenen, und umgekehrt dieser

an jenen) dasjenige herauszugeben, was er aus dem erzwungenen Rechtsgeschäfte, sei es unmittelbar oder mittelbar, hat, und was ihm bei vorausgesetzter Richtigkeit nicht zukommt, oder will man von einem Vortheil sprechen: der Dritte hat den Vortheil herauszugeben, der ihm unmittelbar oder mittelbar aus dem erzwungenen Rechtsgeschäfte geworden ist, insoweit als derselbe ihm bei vorausgesetzter Richtigkeit jenes Rechtsgeschäfts nicht zukommt.[24] In diesem letzteren Zusatze liegt in Vergleichung mit dem vorhin reprobirten Principe, theils eine Erweiterung der Verbindlichkeit des Dritten, theils eine Beschränkung, so daß man sagen muß: der Dritte hat den ganzen Vortheil, aber auch nur den Vortheil herauszugeben, der ihm bei vorausgesetzter Richtigkeit nicht zukommen würde. Aus der Darstellung der Anwendung des Satzes auf die einzelnen möglichen Fälle, bei welcher zugleich auch der Gesichtspunkt leitend sein wird, die Verschiedenheit der Haftung des Dritten von der Haftung des Zwingenden selbst herauszuheben, wird dieses klar werden.

1. Der Fall eines **einseitigen** Rechtsgeschäfts in seiner einfachsten Gestalt ist schon oben sofort besprochen (vergl. Seite 41 sub 1). Der Unterschied in der Haftung des Zwingenden von der des Dritten besteht darin, daß Ersterer dem Kläger das ganze Interesse zu ersetzen, Letzterer nur den Vortheil herauszugeben hat, der ihm bei vorausgesetzter Richtigkeit nicht zukommt. — Man setze: der A ist zum Erben eingesetzt, ihm ist substituirt der B, der C zwingt den A, die Erbschaft auszuschlagen, der B, der vom Zwange keine Kenntniß hat, tritt die Erbschaft an und zahlt dem D, der sich als Erbschaftsgläubiger bei ihm meldet, eine vermeintliche, in Wirklichkeit nicht existirende, Schuld von 1000 Thalern. Hier wird der Dritte jene Summe der actio q. m. c. gegenüber in Abrechnung bringen dürfen, und nur zur Cession der condictio indebiti verpflichtet sein, der Zwingende selbst hätte nicht diese

---

[24]) Der beregte Grundsatz ist übrigens, wie vorhin schon bemerkt, ein gegenseitiger. Auch der Gezwungene seinerseits hat den Vortheil herauszugeben, den er gezogen.

Befugniß. — In diesem Falle ist nun freilich ein Unterschied in der Haftung des Dritten nicht erfindlich, mag man den Begriff des Vortheils in der einen oder der andern Weise bestimmen. Aber man denke: der A ist zum Erben eingesetzt, ihm substituirt der B; dieser zwingt den A zur Ausschlagung, tritt selbst die Erbschaft an und verkauft sie für 10,000 an den C, der vom Zwange nichts weiß. — Ist der C berechtigt, diesen Kaufpreis in Abzug zu bringen, wenn er von A mit der actio q. m. c. belangt wird? — Nach dem eben reprobirten Grundsatze ja, — anders von dem als richtig anerkannten Grundsatze. Verwendungen auf res hereditariae kommen natürlich von beiden Principien aus zur Abrechnung, das Kaufgeld fällt aber nicht unter diesen Gesichtspunkt.

2. Gehen wir über zur Betrachtung eines **zweiseitigen** Rechtsgeschäfts und nehmen zuvörderst an, dieses ist unmittelbar zwischen dem Gezwungenen und einer dritten, vom Zwange keine Wissenschaft habenden, Person abgeschlossen, vergl. oben S. 42 sub 2a.

Der A zwingt den B, an den C eine Sache schenkungsweise zu veräußern. Das ganze Interesse des Gezwungenen ist Gegenstand seiner Forderung gegen den Zwingenden, gegen den Dritten ist die Klage beschränkt auf Herausgabe dessen, was er aus der Veräußerung hat, insoweit ihm solches bei vorausgesetzter Richtigkeit nicht zukommt. Die Sache selbst mit den zur Zeit der Litiscontestation vorhandenen Früchten, von da ab die percepti, wie die percipiendi hat er herauszugeben. Aber wie steht es mit den vor der Litiscontestation consumirten Früchten? Sagt man hier schlechthin, der Dritte hat den Vortheil aus dem erzwungenen Rechtsgeschäfte herauszugeben, so geht auch die Klage auf das, worum er bereichert ist. Anders von dem richtigen Principe aus — und gerade hier sehen wir, wie dieses die Haftung des Dritten auf der einen Seite beschränkt.[25] Wäre nämlich die erzwungene Ver-

---

[25]) Während sie in dem vorhin besprochenen Falle von demselben Principe aus erweitert erscheint.

äußerung nichtig, so würden bei der rei vindicatio (dem b. f. possessor gegenüber) die vor der Litiscontestation consumirten Früchte nicht in computum kommen. Hat der Dritte mithin nur den Vortheil herauszugeben, der ihm unter vorausgesetzter Nichtigkeit der Veräußerung nicht zukommt, so muß er *diese* Früchte lucriren. — Es ist juristisch nicht gedenkbar, daß der Dritte, welcher bona fide die Sache vom Zwingenden, der Eigenthümer war, gekauft, und durch die Tradition selbst Eigenthümer geworden, schlechter stehen kann, als Jemand, der die Sache bona fide von einem Nichteigenthümer erworben, — und eben deshalb ist *jenes* Princip unrichtig.

Von demselben Grundsatze aus muß auch die Frage bezüglich der Impensen entschieden werden.

Daß in dem Falle, wo ein erzwungener *Kaufcontract* vorliegt, der Gezwungene das vom Dritten empfangene pretium restituiren muß, wird sich sowohl von dem einen als von dem andern Principe aus ergeben, von dem als richtig anerkannten Satze aus ergiebt sich dieses aus der vorhin hervorgehobenen Gegenseitigkeit (vergl. Anmerk. 24). — Bei der Frage endlich nach der Haftung des Dritten für den Fall der Deterioration oder des Untergangs der Sache, müssen die bei der rei vindicatio gegen einen b. f. possessor geltenden Grundsätzen zur Anwendung kommen.[26]

3. *Die Beurtheilung des Falles sub 2. b. α., vergl. oben Seite 42, ist wiederum einfach.* Der Unterschied in der Haftung des Zwingenden selbst von der des unschuldigen Dritten, wird in den Quellen in dem Falle, wo der Hauptschuldner den Gläubiger zwangsweise zur Acceptilation bestimmt, dahin hervorgehoben, daß der Zwingende gehalten ist, dem Gezwungenen das volle Interesse zu prästiren, mithin nicht blos in seiner Person die Obligation herzustellen, sondern auch denselben, oder einen gleich solventen Bürgen anzuschaffen, der Bürge hingegen nur verpflichtet ist, ut se reponat in obligationem[27] — letzteres völlig in

---

26) Vergl. l. 14. § 5. D. h. t.

27) Vergl. l. 10. § 1. l. 11. D. h. t.

Conformität mit dem angegebenen Principe, obschon auch hier von dem reprobirten Grundsatze aus die Entscheidung nicht anders ausfallen würde. Dahingegen würde die Entscheidung in folgendem Falle anders lauten müssen von dem einen, wie von dem andern Grundsatze aus. Der A, Gläubiger des B auf 1000 Thlr., will von C eine gleiche Summe als Darlehn entnehmen. C verlangt Sicherheit, und A trifft mit dem B die Vereinbarung, daß dieser die Bürgschaft übernehmen, dahingegen seine Schuld an den A erst nach Auflösung des Schuldverhältnisses zwischen A und C zahlen soll. So kommt das intendirte Darlehnsgeschäft zu Stande und B verbürgt sich für den A. — Hinterher bestimmt der A den C zwangsweise zum Erlasse der Forderung (Acceptilatio), und erhält von B, dem er die darüber redende Urkunde vorzeigt, der aber keine Kenntniß vom Zwange hat, die Summe, welche dieser ihm schuldet, ausbezahlt. — Setzt man nun weiter den Fall so, daß der A völlig insolvent ist, so muß man von dem oben verworfenen Grundsatze aus, wonach die actio q. m. c. schlechthin auf den Vortheil gerichtet ist, den der Dritte aus dem erzwungenen Rechtsgeschäfte gezogen, die Statthaftigkeit derselben gegen den B in Abrede nehmen, da dieser um nichts bereichert ist. Allein von dem richtigen Satze aus, wonach der Dritte alles das herauszugeben hat, was er aus dem erzwungenen Rechtsgeschäfte hat, aber bei vorausgesetzter Nichtigkeit desselben nicht haben würde, ist er verpflichtet, sich in die Obligatio zu reponiren — und eben hiermit stimmt auch die angezogene Stelle überein, welche ohne Beschränkung diese Verpflichtung anerkennt.

4. Es bleibt übrig die Betrachtung des letzten Falles sub 2. b. β., vergl. oben Seite 42. Wir setzen, der A hat den B gezwungen, ihm eine Sache für 100 zu verkaufen; später veräußert A dieselbe an C für 200. Die Haftung des C ist hier im Uebrigen dieselbe, wie in dem Falle sub 2. a. Nur fragt es sich hier zunächst: wem hat der Kläger den Kaufpreis zu erstatten, dem (Beklagten) Dritten, oder dem Zwingenden? — Dem ersteren in Gemäßheit des oben aufgestellten Grundsatzes, daß beide Theile an

einander das herauszugeben haben, was sie aus dem erzwungenen Rechtsgeschäfte haben, und ihnen bei vorausgesetzter Richtigkeit desselben nicht zukommt. — Sodann: welchen Preis hat B zu zahlen, 100 oder 200? Wie vorher gezeigt, von dem dort zurückgewiesenen Grundsatze aus, 200; — von dem als richtig anerkannten 100, was keiner weiteren Darlegung bedarf.

Es genügt hier den Grundsatz, nach welchem sich die Haftungspflicht des Dritten bestimmt, hervorgehoben und gerechtfertigt zu haben; näher als geschehen auf die einzelnen Fälle einzugehen, würde zu weit führen. — Bei der Anwendung desselben auf den Fall einer erzwungenen Eigenthumsübertragung ist nach dem Obigen klar, daß im Allgemeinen die bei der rei vindicatio geltenden Grundsätze analog zur Anwendung kommen. Der Unterschied besteht hauptsächlich darin, daß die actio q. m. c. auf Rückübertragung des Eigenthums geht, und der Kläger seinerseits zur Restitution dessen verpflichtet ist, was er vom ursprünglichen Erwerber für die Sache empfangen.

Betrachten wir schließlich das Verhältniß der Klage gegen den Zwingenden und den Dritten zu einander, so ist soviel klar, daß auch nach der wirksamen Durchführung der Klage gegen den Dritten gegen den Zwingenden auf das etwaige plus geklagt werden kann, daß aber umgekehrt der Dritte vollständig gesichert ist, so wie der Kläger vom Zwingenden alles erhalten, was er von diesem zu fordern berechtigt war. Wenn der Gezwungene — um an den Fall anzuknüpfen, daß der Hauptschuldner den Gläubiger zu einer acceptilatio zwangsweise bestimmte, — vom Hauptschuldner erreicht hat, ut se reponat in obligationem, so kann er freilich noch ein Gleiches auch vom Bürgen fordern, aber hier hat er auch vom Zwingenden noch nicht alles bekommen, was er verlangen durfte, nämlich, daß dieser ihm denselben, oder einen gleich sicheren Bürgen verschaffe. Hat er aber auch dieses erreicht, und der Hauptschuldner nicht blos in seiner Person die Obligation hergestellt, sondern ihm auch einen gleich sicheren Bürgen verschafft, so ist nun eine Klage gegen den ursprünglichen Bürgen nicht mehr statthaft.

§ 7.

Gestaltung der Lehre vom Einflusse des Zwanges im Justinianeischen Rechte.

I. Grundsatz, ein erzwungenes Rechtsgeschäft ist an sich gültig.

B. Die *exceptio metus* und die *in integrum restitutio ex capite metus.*

1. Neben der actio quod metus causa ist dem Gezwungenen noch in der exceptio metus ein Mittel gegeben, welches zu demselben Erfolge führt, den durch den Zwang gewordenen Nachtheil zu beseitigen. Im Allgemeinen sind die Voraussetzungen der exceptio metus dieselben, wie bei der actio q. m. c., insonderheit geht auch die exceptio von Seiten des Klägers in rem, d. h. steht auch einer Klage von Seiten des Dritten entgegen.[1] — Nur eine Beschränkung liegt in der Natur der Sache: eine Ausgleichung der Verletzung im Wege einer exceptio ist nur möglich, wo durch die erzwungene Handlung eine rechtliche Veränderung eingetreten ist, welcher der factische Zustand nicht, oder nicht völlig entspricht, so daß der Zwingende, oder aber ein Dritter, welcher aus der erzwungenen Handlung ein Recht ableitet, in der Lage ist, die Rolle des Klägers zu übernehmen. Regelmäßig liegt ein erzwungenes Rechtsge-

---

[1]) Vergl. l. 4. § 33. D. de dol. mal. et met. exceptione (44, 4). Etenim distat aliquid a doli exceptione, quod exceptio doli personam complectitur ejus, qui dolo fecit, enimvero metus causa exceptio in rem scripta est, si in ea re nihil metus causa factum est, ut non inspiciamus, an is, qui agit, metus causa fecerit aliquid, sed an omnino metus causa factum sit in hac re a quocunque non tantum ab eo, qui agit. Et quamvis de dolo autoris exceptio non objiciatur, verumtamen hoc jure utimur, ut de metu non tantum ab autore, verum a quocunque adhibito, exceptio objici possit. — Beispiele: A zwingt den B, sich dem C gegenüber, der vom Zwange nichts weiß, schenkungsweise zur Zahlung von 100 zu verpflichten. C klagt aus dem Schenkungsversprechen, dem B steht die exceptio metus zur Seite. Oder A zwingt den B, ihm eine Sache zu verkaufen und sofort zu tradiren, veräußert darauf dieselbe Sache an den C. Ist nun die Sache zufällig wieder in die Hände des B gelangt, so hat er gegen die rei vindicatio des C die exceptio metus.

schäft vor, und hier ist nicht blos dann eine Klage gegen den Gezwungenen denkbar, wenn dasselbige lediglich eine Obligation begründete und diese noch nicht erfüllt ist,[2] sondern auch in Fällen, wo zwangsweise ein dingliches Recht constituirt ist. Man denke, der A zwingt den B, ihm ein Servitut, z. B. den Ususfructus an seinem Landgute zu bestellen, hinterher verweigert B, die dem constituirten Rechte entsprechende factische Veränderung vorzunehmen (er will die Detention nicht aufgeben), oder der A zwingt den B zur sofortigen Uebertragung des Eigenthums, Letzterer weigert sich, die zufällig ex post wieder in seine Hände gelangte Sache herauszugeben. — Wäre das erzwungene Rechtsgeschäft nichtig, so würde die Klage gar nicht begründet sein,[2a] da es an sich zu Recht besteht, so bedarf es der Vorschützung einer exceptio.

In der Richtung gegen eine dritte Person, die als Kläger auftritt, ist die exceptio metus wie die actio q. m. c. auf den obigen Fall, — den Fall eines erzwungenen Rechtsgeschäfts beschränkt, in ihrer Richtung gegen den Zwingenden selbst muß die exceptio auch den Fall ergreifen, wo eine Handlung erzwungen worden, die kein Rechtsgeschäft ist. Cui damus

---

[2]) Vergl. l. 9. § 3. Sed quod Praetor ait, ratum non habebo, quatenus accipiendum est? videamus. Et quidem aut imperfecta res est, licet metus intervenerit, ut puta stipulationem numeratio non est secuta, aut perfecta, si post stipulationem et numeratio facta est, aut per metum accepto debitor liberatus est, vel quid simile contigerit, quod negotium perficeret. Et Pomponius scribit, in negotiis quidem perfectis et exceptionem, interdum et actionem competere, in imperfectis autem solam exceptionem. Sed ex facto scio, quum Campani metu cuidam, illato extorsissent cautionem pollicitationis, rescriptum esse ab Imperatore nostro, posse eum a Praetore in integrum restitutionem postulare, et Praetorem me assidente interlocutum esse, ut sive actione vellet adversus Campanos experiri, esse propositam, sive exceptione adversus petentes, non decsse exceptionem. Ex qua constitutione colligitur ut, sive perfecta sive imperfecta res sit, et actio et exceptio detur. Dazu v. Savigny, System, Bd. VII, S. 193 ff.

[2a]) Richtiger: es würde der an begründeten Klage eine s g. Einrede wider die Entstehung des Rechts (nicht exceptio) entgegenstehn Vergl. § 15. sub 4.

actionem, eidem et exceptionem competere multo magis quis dixerit. Nur muß die durch die erzwungene Handlung eingetretene Veränderung eine rechtliche sein, eine blos factisch für den Gezwungenen nachtheilige Veränderung [3] kann natürlich nicht in Betracht kommen, indem ihm hier allein auf dem Wege der Klage geholfen werden kann. Eine solche rechtliche Veränderung würde z. B. in dem Falle vorliegen: Der A, zum Erben eingesetzt unter einer Potestativbedingung, bei welcher der Testator schlechterdings den Erfolg gewollt hat, wird von dem B, der ihm vulgariter substituirt ist, gezwungen, die Erfüllung der Bedingung zu unterlassen. Der B tritt darauf die Erbschaft an und erhebt gegen den A, der die erbschaftlichen Sachen im Besitze hat, die hereditatis petitio. Wie hier gegen den Zwingenden die actio q. m. c. auf das volle Interesse zuständig sein würde, so kann der Gezwungene auch der Klage desselben die exceptio metus entgegensetzen.

In einem Falle greift die exceptio metus noch weiter als die entsprechende actio. — Während die Klage nur dem Gezwungenen selbst zusteht, ist die exceptio metus auch auf Seiten des Beklagten eine exceptio in rem, und kann danach auch von Seiten Desjenigen, der vom Gezwungenen die zwangsweise veräußerte, zufällig wieder in seine Hände gelangte, Sache gekauft und tradirt erhalten hat, der rei vindicatio des Zwingenden gegenüber, desgleichen von dem Bürgen geltend gemacht werden, wenn der Hauptschuldner gezwungen in das Obligationsverhältniß eingetreten ist [4] — was freilich nicht als Besonderheit dieser Einrede angesehen werden kann. Vergl. die unten mitgetheilten l. 7. § 1. D. de except. (44, 1) und dazu Savigny's System, Bd. V, S. 177.

2. Daß es neben der actio quod metus causa und der

---

[3]) Siehe oben Seite 39.

[4]) Vergl. l. 14. § 6. D. h. t., ferner die oben angezogene l. 7. § 1. D. (44, 1). Rei autem cohaerentes exceptiones etiam fidejussoribus competunt, ut — — — — quod metus causa factum est, und dazu Girtanner, Bürgschaft, Bd. I, S. 44.

exceptio metus eine besondere in integrum restitutio propter metum giebt, ist heut zu Tage seit der Ausführungen von Burchardi,[5] und besonders von v. Schröter[6] ganz allgemein anerkannt. Hier genügt die Hinweisung auf jene Ausführungen um so mehr, als im weiteren Verlaufe noch die entscheidenden Stellen, insbesondere die l. 21. § 5 und 6 D. h. t. mitgetheilt werden sollen.

Die Voraussetzungen der in integrum restitutio sind ganz dieselben, wie bei der actio quod metus causa. Abschluß eines Rechtsgeschäfts ist nicht nothwendige Voraussetzung, es muß auch hier genügen, wenn eine Handlung anderer Art erzwungen ist, sofern der Nachtheil für den Gezwungenen nur in einer Rechtsveränderung besteht, also nicht blos ein factischer Nachtheil ist — eine gemeinsame Voraussetzung für eine jede in integrum restitutio. Aber der juristische Zweck und die Wirkung beider Rechtsmittel ist ganz verschieden. Während bei einer erzwungenen Eigenthumsübertragung die actio q. m. c. auf Rückübertragung des Eigenthums gerichtet ist, vernichtet die in integrum restitutio die rechtliche Wirkung der geschehenen Eigenthumsübertragung, und giebt dem Gezwungenen das Eigenthum zurück, und eben damit die Eigenthumsklage. Hat der Gezwungene sich obligirt, so geht die actio q. m. c. auf Abschluß eines Erlaßvertrages, wohingegen die in integrum restitutio das vinculum löset. Besteht das erzwungene Geschäft in einer acceptilatio, so fordert der Gezwungene mit der actio q. m. c. die Constituirung einer neuen Obligatio gleichen Inhalts wie die untergegangene, wohingegen die in integrum restitutio die rechtliche Wirkung der acceptilatio aufhebt. Hat der Delat gezwungen das ihm deferirte Erbrecht ausgeschlagen, so wird mittelst der in integrum restitutio — ganz verschieden von den Wirkungen der actio q. m. c.,[7] die Ausschlagung rechtlich unwirksam gemacht, und dem Gezwungenen die Befugniß wiedergegeben, (prätorischer)

---

[5] Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. S. 359 ff.

[6] Vergl. die angezogene Abhandlung. S. 119 ff.

[7] Vergl. oben Seite 41 f.

Erbe zu werden, hat er gezwungen angetreten, die Befugniß auszuschlagen.

Das Gesagte leidet jedoch noch eine Beschränkung.

Wer die Erbschaft ausgeschlagen hatte, konnte nicht mehr heres (ex jure civili) werden; nur die Möglichkeit prätorischer Erbe (bonorum possessor) zu werden, wurde ihm durch die in integrum restitutio eröffnet. Umgekehrt blieb heres ex jure civili, wer, wenn schon gezwungen, angetreten hatte; der Prätor gab ihm nur die abstinendi facultas (gleich dem suus heres), und behandelte ihn nicht als Erben. Von wenigen einzelnen Punkten abgesehen,[8] ist freilich ein praktischer Unterschied nicht vorhanden zwischen dem Falle, wo der Delat von vornherein ausgeschlagen hat, und dem andern, wo er sich gegen die Antretung in integrum restituiren läßt. — Mehr als wahrscheinlich ist, daß auch bei einer erzwungenen Eigenthumsübertragung ein ähnlicher Gegensatz — der des quiritarischen und des bonitarischen Eigenthums — hervortrat, daß mithin wer gezwungen eine res nec mancipi tradirte, oder aber durch Mancipation eine res mancipi einem Andern übertrug, in Folge der Restitution nur das in bonis esse (das bonitarische Eigenthum) wieder erhielt, während das nudum jus Quiritium beim Erwerber verblieb. Einmal ist überhaupt zu beachten, „daß die Herstellung des früheren Zustandes, da sie nur auf einer Anwendung der obrigkeitlichen Macht beruht, nicht als eine eigentliche wahre Herstellung ipso jure bezeichnet wird, sondern nur als die Fiction einer solchen".[9] Sodann aber tritt schon bei der Restitution gegen eine erzwungene Erbschaftsantretung resp. Ausschlagung auch **dieser** Gegensatz hervor; der gegen die Antretung Restituirte blieb, wie heres, so auch dominus ex jure Quiritium der res hereditariae, nur war sein jus ein nudum jus Quiritium, der gegen die Ausschlagung Restituirte konnte, eben so wenig

8) Vergl. Burchardi, S. 556, v. Vangerow, Pandekten, Thl. II, 6. Aufl. S. 373.

9) v. Savigny, System, Bd. VII, S. 96.

wie heres, dominus ex jure Quiritium werden, ihm stand vielmehr nur der bonorum possessio entsprechend das bonitarische Eigenthum zu. Sicher wurde auch die gleiche Unterscheidung bei einer erzwungenen Eigenthumsübertragung gemacht. Der schlagendste Beweis würde in der Stelle l. 9. § 6. D. h. t. liegen:

licet tamen in rem actionem dandam existimemus, *quia res est in bonis ejus*, qui vim passus est etc.

wenn man nach der gewöhnlichen Meinung subintelligiren müßte praevia in integrum restitutione. Im folgenden § wird nun zwar dargethan werden, daß hier ein weiterer Fortschritt des Rechts vorliegt, und dem Gezwungenen dasjenige Recht ohne Weiteres beigelegt wurde, welches er ursprünglich nur durch eine wahre in integrum restitutio erlangen konnte. Klar ist aber auch von dieser Auffassung aus, daß dem Restituirten nur das bonitarische Eigenthum zugeschrieben wurde. Somit wurde denn, wo neben einem civilen Rechtsinstitut ein entsprechendes prätorisches Rechtsinstitut sich bildete, nur das prätorische Recht dem Restituirten gegeben, und in einem solchen Falle konnte man von dem Standpunkte aus, wo der Gegensatz des prätorischen und civilen Rechts noch bestand, im gewissen Sinne sagen, daß die Herstellung keine völlige gewesen sei, aber auch dieses ließ sich in denjenigen Fällen nicht behaupten, wo entweder dem Gezwungenen von Anfang an nur das prätorische Recht zustand, z. B. von vorn herein nur das bonitarische Eigenthum, oder aber wo ein entsprechendes civiles Recht überall nicht existirte.

Eine sehr bestrittene Frage ist die, in welchem Verhältniß die actio q. m. c. (resp. die exceptio metus) zur in integrum restitutio propter metum steht. Während Einige — unter den Neueren v. Savigny und Puchta[10] — die Subsidiarität der Restitution geltend machen, und letzterer sie sogar gänzlich aus dem heutigen Recht entfernen will, weil sie im neuesten Römischen

---

[10]) v. Savigny, System, Bd. VII, S. 194 ff. Puchta, Pandekten, § 102, Vorlesungen S. 215.

Rechte nur noch bei stricti juris negotiis Statt gehabt, die das heutige Recht nicht kenne, behaupten bei Weitem die Meisten,[11] daß beide Rechtsmittel electiv concurriren. Und gewiß mit Recht. Entscheidend ist von allem anderen abgesehen, die Stelle l. 9. § 4. Volenti autem datur et in rem actio et in personam rescissa acceptilatione vel alia liberatione. Vorher war die Rede von der actio q. m. c. und der exceptio metus, hier wird dem Gezwungenen im Falle eines erzwungenen Erlaßvertrages die in integrum restitutio und eben damit die durch Acceptilation untergegangene persönliche Klage zugesichert, und zugleich seinem Belieben noch anheimgestellt, sich des einen oder des andern Rechtsmittels, der actio q. m. c. oder der Restitution zu bedienen (*volenti* autem datur cet.). Gegen die Annahme der Subsidiarität der in integrum restitutio spricht weiter, daß nach l. 14. § 13. die actio doli und die actio q. m. c. electiv concurriren, nach l. 7. § 1. D. de in integr. rest. (4, 1) aber die actio doli der in integrum restitutio gegenüber als subsidiäres Rechtsmittel erscheint.

Fragen wir schließlich, welches Bedürfniß hat neben der actio q. m. c. die in integrum restitutio hervorgerufen, so ist die Antwort darauf: es giebt Fälle, in denen die actio q. m. c. nicht zum Ziele führt, und daher das Bedürfniß einer anderweitigen Abhülfe vorliegt.

Zunächst ist bereits oben (Seite 41 f.) darauf hingewiesen, daß die actio q. m. c. bei einer erzwungenen Erbschaftsantretung mit factischen Schwierigkeiten verbunden ist, die ein anderes Auskunftsmittel dringend erheischen. Dasselbe gilt — obschon nicht ganz in demselben Grade — von einer erzwungenen Ausschlagung. Vergl. ebendaselbst. Ein anderer Fall, wo die actio q. m. c. nicht ausreicht, ist der, wenn bei einer erzwungenen Eigenthums-

---

[11]) So unter Anderen Burchardi, S. 359 ff., v. Schröter, S. 121., v. Vangerow, Pandekten, Bd. I, § 153., S. 271, § 177, Anmerk. 1. S. 340, § 138. S. 364 ff.

übertragung die persönliche Klage wegen der Insolvenz des Schuldners nicht zum Ziele führt. Die Restitution ertheilt dem Verletzten die Befugniß, als Vindicant aufzutreten.[12] Liegt hiernach in dem Umstande, daß in allen diesen Fällen die ursprünglich vom Prätor dargebotene Klage zu keinem Ziele führt, die Erklärung für die Einführung des neuen (außerordentlichen) Rechtsmittels, so muß es gewiß auch natürlich erscheinen, daß dieses auch auf solche Fälle ausgedehnt wurde, in welchen die actio q. m. c. vollständige Abhülfe gewährte. Dabei kann auf sich beruhen bleiben, ob vielleicht ein beschleunigtes Verfahren, wie vielfach behauptet, vielfach bestritten ist, dem Verletzten den Weg der Restitution als den vortheilhafteren erscheinen ließ, da das Verfahren bei der in integrum restitutio nicht Gegenstand gegenwärtiger Untersuchung ist. — Die Thatsache wird von Ulpian bezeugt *Volenti* autem datur et in rem actio *et in personam rescissa acceptilatione vel alia liberatione.*

§ 8.

Gestaltung der Lehre vom Einflusse des Zwanges im Justinianeischen Rechte.

II. Grundsatz, ein erzwungenes Rechtsgeschäfts ist nichtig.

Vorbemerkungen — Interpretation der hieher gehörigen Stellen. — Letztwillige Verfügungen.

Die ganze Lehre vom Zwange, wie sie im Vorstehenden dargelegt worden, ruht auf dem Satze, „ein erzwungenes Rechtsgeschäft ist an sich gültig“.

Es giebt aber eine Reihe von Stellen, die den entgegengesetzten Satz theils allgemeiner, theils in einzelnen bestimmten Anwendungen aussprechen. Mit diesen haben wir es gegenwärtig zu thun.

---

[12]) Vergl. v. Savigny, Bd. VII, S. 195.

Wie nicht anders zu erwarten steht, sind die verschiedensten Versuche gemacht, diese Stellen auf dem Wege der Interpretation zu beseitigen. Diesen Versuchen gegenüber ist die eingehendste Betrachtung nothwendig — und eben dieses ist die Aufgabe des gegenwärtigen Paragraphen. Das Resultat ist: jener Widerspruch mit dem beregten Grundsatze ist vorhanden.

In Anerkennung dieses Widerspruchs sind nun weitere Versuche gemacht, den Rechtssatz über den Einfluß des Zwanges so zu formuliren, daß der Widerspruch verschwindet.

Diese Versuche wird der folgende § vorführen — zugleich aber deren Unhaltbarkeit darlegen.

Das Resultat wird hiernach sein: der Widerspruch besteht, die Versuche, beiden Betrachtungsweisen ein verschiedenes Gebiet der Herrschaft anzuweisen, sind haltlos. Es kommt demnach darauf an, sich für die eine, oder die andere Ansicht zu entscheiden. — Die letztere Aufgabe fällt dem Abschnitt II zu, den Uebergang vom ersten zum zweiten Abschnitt bildet die Darlegung des § 10, in welcher der Versuch gemacht wird, die Frage zu beantworten, wie ist es erklärlich, daß sich in den Quellen ein solcher Widerspruch findet.

Zwei Stellen der Digesten erklären erzwungene Manumissionen für nichtig.

1. Die erste, aus den Institutionen des Marcian entnommen, lautet:

Ille servus liber non erit, qui coegerit, ut eum dominus manumittat, et ille perterritus scripserit, liberum eum esse. l. 9. pr. D. qui et a quib. manum. (40, 9).

In einer zweifachen Weise hat man versucht, die Stelle mit der Theorie von der Gültigkeit erzwungener Rechtsgeschäfte in Einklang zu bringen — einmal indem man die Worte „liber non erit" nicht auf die Nichtigkeit der Freilassung bezieht — sodann indem man zwar die Nichtigkeit hier ausgesprochen findet, aber den Grund für die Nichtigkeit in einem anderen Umstande als in dem Zwange zur Freilassung sucht.

Der erstere Weg ist nach dem Vorgange vieler Aelteren von Puchta[1]) eingeschlagen. Er kann sich der Anerkennung nicht entziehen, daß der Grund für den Ausspruch liber non erit in der Thatsache des Zwanges liegt, meint aber, daß die Stelle ganz generell nur die Unwirksamkeit erzwungener Freilassungen ausspreche, ohne über die Art der Ungültigkeit — (Nichtigkeit — Anfechtbarkeit) — etwas zu bestimmen. Aber bestimmter kann die Nichtigkeit nicht hervorgehoben werden, als indem der Eintritt der Rechtsfolge schlechthin negirt wird — liber non erit. Das Futurum erit entspricht dem futurum exactum coegerit — scripserit, — und kann mindestens auf keine Weise heißen „wird (zwar zunächst frei werden, aber) nicht frei bleiben".

Gerade umgekehrt erkennt von Savigny,[2] der als Vertreter der zweiten Ansicht aufzuführen ist, an, daß hier die Nichtigkeit der Freilassung ausgesprochen werde, erblickt aber den Grund für die Nichtigkeit darin, daß in der hier erwähnten erzwungenen Handlung keine Manumission, sondern blos die an sich (d. h. auch abgesehen vom Zwange) unwirksame schriftliche Anerkennung der Freiheit liege. Aber wozu die Worte „qui coegerit, ut eum dominus manumittat, et ille perterritus", wenn der Jurist blos sagen will, ille servus liber non erit, quem dominus scripserit liberum esse? Will man sagen, die Stelle habe einen gegebenen Fall vor Augen gehabt, so muß man interpretiren, qui coegerit, ut eum dominus manumittat, welcher den Versuch gemacht hat, den dominus zur Freilassung zu zwingen (während doch in dem Worte cogere schon liegt, daß diejenige Erklärung, auf welche es abgesehn, auch erreicht worden) und den in den Worten *et* ille perterritus scripserit geschilderten Erfolg des angewandten Zwanges als einen im Gegensatze zu der vom Zwingenden bezielten, an sich rechtsgenüglichen, Erklärung stehenden auffassen, wobei aber statt des *et* ein *autem* oder *vero* zu erwarten

---

[1]) Vorlesungen, S. 117. f.

[2]) a.a . O. III, S. 103., Anmerk. d.

gewesen wäre, und perterritus ohne alle und jede Bedeutung dastehen würde. — Gerade weil der Zwang hier als Grund für die Nichtigkeit (qui coegerit — — — perterritus) geltend gemacht wird, konnte es dem Juristen nicht darauf ankommen, die Erklärung der Freilassung selbst in einer solchen Weise zu bezeichnen, daß sie den desfalls bestehenden Formvorschriften entsprach.[3]

Eine jede der beiden so eben verworfenen Erklärungen richtet die andere.

2. Eine zweite Stelle aus demselben Titel, — entnommen aus Pauli lib. singul. de libertatib.:

si privatus coactus a populo manumiserit, quamvis voluntatem accommodaverit, tamen non erit liber, nam et Divus Marcus prohibuit ex acclamatione populi manumittere (L. 17. pr. D. eod. (40, 9)

statuirt dasselbe in dem Falle, daß von einer dritten Person (in dem gegebenen Falle vom populus) der Zwang ausgegangen ist. Wenn v. Savigny diese Stelle durch die Bemerkung zu beseitigen sucht, dieselbe spreche von einem positiven polizeilichen Verbote der durch Volksgewalt erzwungenen Freilassungen, das Bedürfniß eines solchen Verbots beweise aber gerade, daß ohne dasselbe die Handlung gültig gewesen wäre, so ist zu entgegnen, daß hier durch das Wort *et* auch auf andere Gründe, als auf jenes polizeiliche Verbot, hingewiesen wird, über welche der Jurist sich wohl selbst keine Rechenschaft geben konnte. Offenbar besagt nämlich jenes Wort nicht, „außer Anderen hat auch Divus Marcus ein solches Verbot erlassen", sondern „denn es kommt hier auch, d. h. neben Anderem in Betracht, daß ein solches Verbot ergangen ist".

3. Eine dritte Stelle aus dem fragm. veteris Jcti § 9 (jus civile antejustinianeum tom. I, Berolini 1815 pag. 255) erklärt eine jede Freilassung inter amicos, die, sei es a populo, sei es *a singulis hominibus*, erzwungen worden, für nichtig. Die Worte lauten:

[3]) Wahrscheinlich denkt der Jurist hier an die Manumission per testamentum.

In his, qui inter amicos manumittuntur, voluntas domini spectatur. Lex enim Junia eos fieri Latinos jubet, quos dominus liberos esse voluit. Hoc quum ita se habeat, debet voluntatem manumittentis (προαίρεσιν ἐλευθεροῦντος) habere dominus, unde si per vim coactus, verbi gratia ab aliquo populo, vel a singulis hominibus (ἢ ἀφ᾽ ἑνὸς ἑκάστου ἀνθρώπων) manumiserit, non veniet servus ad libertatem, quia non intelligitur voluisse, qui coactus manumisserit.

Hier ist die Beschränkung auf den Zwang, der vom Volke ausgegangen ist, unmöglich (vergl. die Worte ἢ ἀφ᾽ ἑνὸς ἑκάστου ἀνθρώπων — und den für die Nichtigkeit geltend gemachten Grund quia non intelligitur voluisse), hier ist die Berufung auf „ein polizeiliches Verbot" als Grund der Nichtigkeit ausgeschlossen, hier ist unmöglich, den Grund der Nichtigkeit in der Nichtbeachtung der vorgeschriebenen Form zu finden, hier ist endlich die Substituirung der bloßen Anfechtbarkeit statt der Nichtigkeit ausgeschlossen. Freilich ist diese Stelle nicht der Justinianeischen Compilation einverleibt, gleichwohl ist sie ein Zeugniß von der Ansicht der Römischen Juristen, und — was von noch größerer Bedeutung ist — läßt die Versuche, die beiden ersteren Stellen auf dem Wege der Interpretation zu beseitigen, als völlig verwerflich erscheinen. Aber noch in einer anderen Beziehung ist diese Stelle wichtig. Sie setzt den Grund für die Nichtigkeit in den mit dem Inhalte der äußeren Erklärung nicht zusammenstimmenden Willen. Wer gezwungen seinen Sclaven manumittirt, hat zwar rücksichtlich der Erklärung sich dem Willen des Zwingenden unterworfen, ihm fehlt aber der solcher Erklärung entsprechende Wille, die voluntas manumittentis, auf welchen Willen man vorzüglich bei formlosen Rechtsgeschäften zu sehen hat. Erklärung und Wille stehen in Widerspruch.

Bei Weitem die Mehrzahl der Juristen hat denn auch von je her in den beregten Stellen die Nichtigkeit erzwungener Manumissionen ausgesprochen gefunden, — bald generell, bald auf

die Fälle beschränkt, welche die beiden ersteren Stellen zunächst im Auge haben.

In Widerspruch steht die Stelle l. 9. § 2. D. h. t.: Idem Pomponius scribit, quosdam bene putare, etiam servi manumissionem, vel aedificii depositionem, quam quis coactus fecerit, ad restitutionem hujus edicti porrigendam esse.

4. Nach der l. 6. § 7. D. de acq. vel. omitt. her. (29, 2) ist die erzwungene Antretung einer Erbschaft nichtig:

> Celsus libro XV. Digestorum scripsit, eum, qui metu verberum, vel alio timore coactus fallens adierit hereditatem, sive liber sit, heredem non fieri placet, sive servus sit, dominum heredem non facere.

Die Versuche, auf dem Wege der Interpretation dieses Resultat zu entfernen, zerfallen in zwei Classen, je nachdem man die Nichtigkeit oder die Nichtigkeit der erzwungenen Erbschaftsantretung beseitigen will.

In der ersteren Weise ist bereits in der Glosse[5] der Versuch gemacht, die fragliche Stelle mit der l. 21. § 5. D. h. t. si metu coactus adii hereditatem, puto, me heredem effici — — sed per Praetorem restituendus sum und der l. 85 D. de acq. vel om. her. in Uebereinstimmung zu bringen. Diese — der Puchta'schen Interpretation der l. 9. pr. D. 40, 9 (conf. oben sub 1) entsprechende — Deutung scheitert aber, um von Anderem abzusehen, an dem Wörtchen fallens. Eine Erbschaftsantretung, bei welcher jemand fallens handelt, kann nur nichtig sein.

Betrachten wir die Versuche der zweiten Art. Wir fragen: wessen Erklärung, adeo hereditatem,[6] erklärt Celsus in der mitgetheilten Stelle für nichtig, oder mit andern Worten, worauf ist

---

[4]) So Burchardi, Wiedereinsetzung S. 350. Schneider, subsidiäre Klagen S. 402 f. v. Vangerow, Pandekten III, S. 302 und Andere.

[5]) Vergl. die Glosse ad hunc locum und zu l. 21. § 5. D. h. t. Andere Erklärungsversuche der Glosse interessiren hier nicht.

[6]) Unrichtig bezieht v. Savigny die Stelle auf die pro herede gestio.

das Gewicht zu legen, auf metu coactus, oder auf fallens, oder auf beides gleichmäßig?

Drei Möglichkeiten bieten sich hier dar:

a. Nach einer möglichen Ansicht, liegt das Gewicht ausschließlich auf *fallens* i. e. simulans. Der Sinn ist:

wer (durch Furcht vor Mißhandlungen oder vor ähnlichen Uebeln bewogen) zum Schein erklärt: adeo hereditatem, wird nicht Erbe.

Der Gegensatz würde sein:

wer ernstlich die gedachte Erklärung abgiebt, wird Erbe.

b. Nach einer zweiten Ansicht liegt das Gewicht ausschließlich auf qui metu — — coactus, und das Wörtchen fallens hebt nur ein aus den voraufgegangenen Worten von selbst sich ergebendes Moment (welches zugleich den juristischen Grund für die behauptete Nichtigkeit enthält) hervor:

wer durch Furcht vor Mißhandlungen oder vor ähnlichen Uebeln bewogen, und demnach blos zum Schein, die Erklärung abgiebt: adeo hereditatem, wird nicht Erbe.

c. Nach einer dritten Ansicht liegt das Gewicht gleichmäßig auf coactus wie auf fallens:

wer durch Furcht vor Mißhandlungen bewogen und zugleich lediglich zum Scheine erklärt: adeo hereditatem, wird nicht Erbe.

Die erste wie die dritte Erklärung, welche beide darin zusammentreffen, daß sie das Wort fallens urgiren,[7] erweisen sich bei näherer Beleuchtung als völlig unhaltbar. Es widerspricht allen Regeln der Auslegung, ein Wort zu urgiren, auf welches nach seiner ganzen Stellung im Satze kein Gewicht gelegt werden soll. Die erste Deutung ist vollends verwerflich, da man schlechterdings

7) Ohne sich weiter darüber zu erklären, „ob sie die erste oder dritte Auslegung für richtig halten, haben von den Neueren Savigny, Mühlenbruch (Commentar Bd. 42, S. 468), Burchhardi, Vangerow, Puchta, Arndts, Wächter gegen die Beweiskraft dieser Stelle auf das Wort fallens hingewiesen.

nicht absehen kann, was die Worte qui metu — — coactus besagen sollen. Bei der dritten Deutung müßte jedenfalls statt fallens ein si quidem fallit oder *et quidem* fallens oder mindestens doch ein *et* fallens erwartet werden. Durch die Stellung der Worte wird allein die zweite Deutung gerechtfertigt. Wie das Wort fallens sich unselbstständig an die voraufgehenden Worte qui metu verberum vel alio timore coactus anlehnt, so kann es auch nicht ein neues selbstständiges Moment herausheben, sondern nur ein Moment, welches in den ersten Worten schon gegeben ist, so daß man es übersetzen muß „und demnach zum Schein". Die Absicht war, auf den in dem Voraufgehenden bereits enthaltenen juristischen Grund für den Ausspruch heredem non fieri placet, hinzuweisen, so daß das fallens hier das Gleiche besagt, was in der sub 3 angeführten Stelle die Worte: quia non intelligitur habuisse voluntatem manumittentis, auf den vorliegenden Fall angewandt: voluntatem hereditatem adeuntis.

Aber auch von der ersten und dritten Deutung aus hat die Stelle etwas Mißliebiges für Diejenigen, welche schlechterdings die Annahme der Richtigkeit erzwungener Rechtsgeschäfte aus unseren Quellen entfernen wollen. Es wird hier ja immer die Möglichkeit anerkannt, daß wer gezwungen die Erklärung abgiebt: adeo hereditatem, lediglich zum Schein handeln könne. Man fragt: ist dann der Zwang dasjenige Moment, welches die Ernstlichkeit der Erklärung in Zweifel stellt? Das darf von jener Ansicht aus nicht angenommen werden, und eben deshalb muß man vom Standpunkt derselben aus nach einem andern Grunde suchen, woraus sich ergiebt, daß die bezügliche Erklärung eine Scheinerklärung ist. — Schon die Glosse[7a] macht bemerkbar, daß der Gezwungene sich vielleicht vor Zeugen gegen die Ernstlichkeit seiner Erklärung verwahrt haben möge, und oft genug ist dies wieder-

---

[7a]) Ad hunc locum. Die Worte lauten: quia praesciens se cogendum, clam vel coram qui busdam fuerit protestatus, quod licet adiret, pro nihilo volebat esse.

holt worden, — ohne daß die Worte unserer Stelle für diese Voraussetzung den geringsten Anhalt geben.

5. Die Stelle l. 21. § 3. D. h. t.

si dos metu promissa sit, non puto nasci obligationem, quia est verissimum, nec talem promissionem dotis ullam esse,

erklärt eine erzwungene dotis promissio für nichtig. Auch hier sind die verschiedensten Versuche gemacht, die Stelle mit der Theorie von der Gültigkeit erzwungener Rechtsgeschäfte in Einklang zu bringen. Bald hat man anerkannt, daß von einer Nichtigkeit die Rede sei, aber den Grund für solche Nichtigkeit in einem andern Umstande als der Thatsache des angewandten Zwanges gesucht, bald hat man der Nichtigkeit die Rescissibilität untergeschoben. Als Vertreter der ersteren Ansicht mag Reinhardt[8] aufgeführt werden, der den Grund der Nichtigkeit darin finden will, daß zur Zeit des Paulus, aus dessen lib. XI ad edictum die Stelle entnommen worden, die dotis promissio im Wege eines bloßen pacti noch nicht klagbar gewesen. Was soll man zu einer solchen Exegese sagen? — Es wird ein Grund für die Disposition gesucht, von dem mit keinem Worte die Rede ist, und der Grund, den die Stelle angiebt, (vergl. die Worte *metu* promissa — — *talem* promissionem) bei Seite geschoben. Die Versuche der zweiten Art[9] setzen sich in Widerspruch mit den Worten, die so bestimmt wie irgend gedenkbar, die Nichtigkeit geltend machen. Dieses wird auch offen unter Anderen von Vangerow anerkannt; wenn derselbe aber meint, daß der Zusammenhang auf die Annahme einer bloßen Rescissibilität hinführe, so ist dieses unrichtig. Sieht man nämlich, wie derselbe Jurist, von welchem die fragliche Stelle entnommen, unmittelbar nach den angezogenen Worten die Frage bespricht, ob in dem Falle, wo Jemand gezwungen worden, ab emtione vel locatione discedere,

---

[8]) Ergänzungen zu Glück's Commentar Bd. II, Abth. 1. S. 100.

[9]) Puchta, Vangerow und Andere.

der erzwungene Vertrag nichtig ist (an nihil sit actum et antiqua obligatio remaneat), oder ob der Vertrag an sich gültig, die fragliche obligatio ipso jure untergegangen, und dem Verletzten nur durch die Prätorische Klage zu helfen ist, (l. 21. § 4.), so kann man unmöglich den bestimmt auf die Nichtigkeit hinweisenden Worten unserer Stelle eine allgemeinere Deutung, die der Ungültigkeit (wobei unentschieden bleibt, ob das Geschäft nichtig oder blos rescissibel ist) unterlegen. Wie der Jurist im § 4. die Nichtigkeit mit dem Ausdrucke nihil est actum bezeichnet, so im § 3. mit den Worten non nascitur obligatio und talis promissio nulla est.— Zu bemerken ist schließlich, daß auch die Basiliken die Stelle ebenso verstehen:

ἡ κατὰ φόβον ὁμολογηθεῖσα προὶξ οὐκ ἔρρωται, οὔτε ἁρμόζει ἡ διὰ φόβον αἰτίασις (dos metu promissa non valet, nec actio q. m. c. competit.

6. Nach diesen Bemerkungen bedarf die gleichfalls aus Paulus entnommene Stelle l. 22. D. h. t.

qui in carcerem quem detrusit, ut aliquid ei extorqueret, quidquid ob hanc causam factum est, *nullius* momenti est,

keiner weiteren Interpretation.

7. Nach einem Rescripte Gordians (l. 3. Cod. h. t.) ist eine erzwungene Eigenthumsübertragung nichtig. Die Worte lauten:

Si vi vel metu fundum avus tuus distrahere coactus est, etiamsi maxime emtor eum alii vendidit, si tamen tu avo tuo heres extitisti, ut tibi reddito a te pretio restituatur, postquam placuit, in rem quoque dari actionem secundum formam perpetui edicti, adito praeside provinciae poteris postulare, si modo, qui secundo loco comparavit, longae possessionis praescriptione non fuerit munitus.

Klar ist hier zunächst, daß der Kaiser, indem er dem dritten Erwerber der Klage des Gezwungenen gegenüber die praescriptio longi temporis unter der Voraussetzung des Ablaufe der erforderlichen Zeit gestattet, vor dem Ablaufe solcher

Zeit nicht den Dritten sondern den Gezwungenen als Eigenthümer denkt. Denn bekanntlich war die l. t. praescriptio zum Schutze des Besitzes mit einem justum initium (bei praediis provincialibus) der Eigenthumsklage gegenüber eingeführt. Halten wir nun dieses fest — wobei einstweilen die Frage auf sich beruhen kann, ob das Eigenthum des Gezwungenen durch eine vorgängige in integrum restitutio als vermittelt zu denken ist oder nicht — so kann die in rem actio, von der im Rescripte die Rede ist, nicht als die actio quod metus causa,[10] sondern nur als die Eigenthumsklage aufgefaßt werden, wie denn schon die Worte in rem actio allein, d. h. abgesehen vom Zusammenhange, am natürlichsten so verstanden werden müssen, wenn es schon nicht gradezu unmöglich ist, sie auf die erstere Klage als eine actio in rem scripta zu beziehen.[11]

---

[10]) So interpretirt unter Anderen Donellus, commentarii de jure civili, nach der Ausgabe Luccae 1764. tom. IV p. 358—386, vergl. besonders p. 383 seqq.

[11]) Man könnte geneigt sein, sich für die Beziehung der Stelle auf die Eigenthumsklage auch auf die l. 5 Cod. quib. non obj. l. t. praescr. (7, 35). und die l. 7. Cod. de pet. her. (3, 31) zu berufen. Die erstere Stelle lautet: Neque mutui, neque commodati, aut depositi, seu legati, vel fideicommissi, vel tutelae, seu alii cuilibet personali actioni longi temporis praescriptionem objici posse certi juris est; die letztere Stelle schließt die fragliche praescriptio auch der hereditatis petitio gegenüber mit dem Bemerken aus, quum mixtae personalis actionis ratio hoc respondere compellat. Nun ist zwar gewiß, daß von dem Standpunkt aus, ein erzwungenes Rechtsgeschäft ist gültig, von einer longi temporis praescriptio (welche bei praediis provincialibus die Stelle der Usucapion vertrat) dem Gezwungenen gegenüber nicht die Rede sein kann. Sowie man aber auf den Standpunkt sich stellt, ein erzwungenes Rechtsgeschäft ist nichtig, und eben damit auf dem dritten bonae fidei possessor die Möglichkeit der Ersitzung verstattet, — muß man consequent, jener Stellen ungeachtet, nicht blos gegenüber der Eigenthumsklage, sondern auch gegen die actio q. m. c. die fragliche praescriptio geben, worüber das Weitere § 16. sub B 3. — Ist dieses nun richtig, so liegt zwar in der Bezugnahme auf die l. t. praescriptio kein Grund, die Beziehung der Stelle auf die actio q. m. c. zu negiren, wohl aber in den Worten in rem actio. — Aber selbst wenn wir hier an die actio q. m. c. denken, so ist doch immer so viel klar, daß der Gezwungene als Eigenthümer, der dritte Erwerber aber als Einer gedacht wird, der erst mit dem Ablauf der longi temporis praescriptio das Eigenthum erwirbt, oder wenigstens

Daß das Rescript die Eigenthumsklage vor Augen hat, darin sind die meisten einverstanden. Aber fast alle denken sich dieselbe durch eine vorgängige in integrum restitutio vermittelt.[12] Diese Annahme ist jedoch völlig unmöglich. Das longum tempus umfaßte einen Zeitraum von 10 (resp. 20) Jahren, die in integrum restitutio verjährt zur Zeite Gordians in einem annus utilis, erst seit Justinian in einem quadriennium continuum. Bedurfte es mithin nach der Ansicht des Kaisers der in integrum restitutio zur Anstellung der Eigenthumsklage, so mußte er statt der Worte si modo qui secundo loco comparavit *longae possessionis praescriptione non fuerit munitus*, die Beschränkung zufügen, „wenn nur nicht die für die Verjährung der in integrum restitutio festgesetzte Zeit verstrichen ist".

Man könnte versucht sein, diesen Einwand in einer doppelten Weise zu entfernen. Zunächst durch die Annahme, daß dem

der Eigenthumsklage gegenüber geschützt wird (wenn wir der longi temporis praescriptio zu Gordian's Zeit nur diese beschränkte Wirkung einräumen wollen). Dieser Anerkennung hat sich denn auch Donellus bei seiner merkwürdigen Interpretation der l. 3. Cod. h. t. a. a. O., die vielleicht, wenn si e aufmerksamer gelesen, weniger oft in Bezug genommen wäre, nicht entziehen können. Er sucht den Einwand aus den Stellen l. 5. Cod. quib. n. obj. l. t. praescr. und l. 7. Cod. d. pet. her., wonach die praescriptio longi temporis bei allen persönlichen Klagen schlechthin ausgeschlossen ist, gegen seine Ansicht, daß in der l. 3. Cod. h. t. von der actio q. m. c. die Rede sei, durch die Bemerkung zu beseitigen, gegen dritte Personen sei die actio q. m. c. nicht sofort in dem Augenblicke, wo ihr Besitz anhebe, begründet, sondern erst, wenn sie interpellati et moniti, rem esse ablatam, dieselbe nicht restituiren. Wenn nun vor solcher Interpellation und Admonition ein Zeitraum von 10 (resp. 20) Jahren verstrichen sei, so gelange nun die actio q. m. c. gar nicht zur Existenz, da sie vor dem Ablaufe der l. t. praescriptio gar nicht für den Gezwungenen begründet sei, nach dem Ablaufe jener Zeit könne aber die actio q. m. c. nicht mehr entstehen, da nun der dritte Besitzer jure civili dominus esse coeperit. Während Donellus die Gültigkeit eines erzwungenen Rechtsgeschäfts vertheidigt, so liegt hierin die Anerkennung, daß selbst der Dritte b. f. possessor bei einer erzwungenen Veräußerung nicht das Eigenthum erwirbt, sondern nur durch Ersitzung erwerben kann.

[12]) Unterholzner, Verjährung II, S. 367, — Burchardi a. a. O., S. 369 f. Savigny, System VII, S. 194 not e. Vangerow, I, S. 364, Arndts, Pandekten § 121 not. c. S. 177.

Großvater des Supplicanten die Restitution wider die erzwungene Veräußerung im judicium rescindens dem ursprünglichen Erwerber gegenüber ertheilt worden wäre, daß derselbe aber unterlassen, die rei vindicatio anzustellen, und hinterher der erste Erwerber die Sache an einen Dritten veräußert hätte. Aber um von Anderem abzusehen, so stehen die Worte postquam placuit in rem quoque dari actionem mit dieser Annahme in Widerspruch. Nicht auf den Rechtssatz, wonach in einem Falle dieser Art die Restitution zu ertheilen ist, sondern auch die bereits ertheilte Restitution mußte das Rescript zur Begründung seiner Entscheidung hinweisen. Es bleibt nur ein zweiter Ausweg übrig. Man könnte annehmen, daß in dem concreten Falle die Verjährung der in integrum restitutio erst ganz kurze Zeit ihren Lauf begonnen, weil der Zwang viele Jahre fortgedauert habe. Aber würde in einem solchen Falle die Verjährung der Eigenthumsklage, die ja erst durch die in integrum restitutio gegeben werden soll, beginnen können? Dazu kommt, — was schon für sich allein vollkommen genügt, — daß kein Wort auf so abnorme Verhältnisse hinweiset.

Für die so eben zurückgewiesene Ansicht, daß die Eigenthumsklage durch vorgängige in integrum restitutio als vermittelt zu denken ist, hat man häufig die Erwähnung des praeses provinciae geltend gemacht. Allein mit Unrecht, da bekanntlich der praeses provinciae bei der großen Beschränkung der städtischen Gerichtsbarkeit regelmäßig die Gerichtsbarkeit in erster Instanz über alle Einwohner der Provinz hatte, und sonach in unzählig vielen Stellen des Codex des praeses provinciae Erwähnung geschieht, wo nur an dessen Jurisdictionsbefugniß im engeren Sinne, nicht an das demselben zuständige imperium gedacht werden kann. — Nicht weniger bedeutungslos ist die Berufung auf die Worte „reddito a te pretio. Zunächst ist klar, daß diese Worte dem Inhalte der Anfrage entnommen sind. Ständen in derselben nicht bereits die Worte „reddito a me pretio“, so könnte der Endzweck nur der gewesen sein, von der Rückgabe des pretii die wirksame Durchführung einer Klage gegen den dritten Erwerber abhängig zu

machen, welcher Intention aber die beiläufige Erwähnung „reddito a te pretio“ nicht entsprechen würde, indem statt dessen eine ähnliche Wendung, wie sie am Schlusse steht, si modo — — oder mindestens bei dem reddito ein Zusatz (etwa scilicet reddito a te pretio, oder reddito tamen a te pretio) erwartet werden müßte, der auf ein neues Moment hinwiese, dessen in der Anfrage keine Erwähnung geschehen ist. Somit ist denn in dem Rescripte nicht ausgesprochen, daß die Rückgabe des pretii, welches der Gezwungene erhalten, an den dritten Erwerber ein nothwendiges Erforderniß für die wirksame Durchführung der rei vindicatio sei. Umgekehrt aber ist auch klar, daß das Rescript, indem es die Worte der Anfrage reddito a me (te) pretio aufnimmt, Bedenken trägt, das Gegentheil auszusprechen. —

In der Sache selbst liegt es nun aber, daß wir die Rückgabe des Preises als nothwendige Voraussetzung für die wirksame Durchführung der rei vindicatio aufzustellen haben. Von allgemeinen Grundsätzen ausgehend, würden wir freilich sagen müssen, der Gezwungene ist, wenn er vom dritten Erwerber die Sache wieder erhalten, nur dem ursprünglichen Contrahenten gegenüber verhaftet, der nach dem Wegfallen der causa die condictio sine causa auf den Preis hat. Allein es ist oben nachgewiesen, daß der Gezwungene bei der actio q. m. c. gegen den dritten Erwerber den Preis, den er erhalten, diesem zu zahlen hat.[13] Ganz dasselbe trat auch ohne Zweifel bei der in integrum restitutio ein. Mit der actio q. m. c. in ihrer Richtung gegen dritte Personen sollte aber praktisch dasselbe Resultat erreicht werden, als wenn die erzwungene Veräußerung nichtig wäre. So war denn kein Grund vorhanden, in der fraglichen Beziehung eine Aenderung eintreten zu lassen, als ohne Weiteres die rei vindicatio gegen den dritten Erwerber gegeben wurde, zumal da auch in andern Fällen ein Aehnliches bei der rei vindicatio vorkommt.

8. Mit dieser Stelle ist eine andere aus dem betreffenden Digestentitel l. 9. § 6. zusammenzustellen:

[13]) Vergl. oben Seite 51 unten.

Licet tamen in rem actionem dandam existimemus, quia res in bonis est ejus, qui vim passus est, verum non sine ratione dicetur, si in quadruplum quis egerit, finiri in rem actionem, vel contra.

Klar ist, daß hier die actio q. m. c. (auf das quadruplum) und die Eigenthumsklage zusammengestellt werden. Die Meisten denken sich aber die letztere Klage vermittelt durch eine vorgängige in integrum restitutio. Völlig mit Unrecht. Ich will davon absehen, daß hier nicht steht: praevia in integrum restitutione oder rescissa alienatione, weiter, daß der Schluß nicht lautet: nach wirksamer Durchführung der actio q. m. c. erlischt der Anspruch auf *in integrum restitutio*, sondern cessirt die *rei vindicatio*, endlich auch davon, daß kein Verständiger daran zweifeln konnte, daß nach der Durchführung der actio q. m. c. der Anspruch auf in integrum restitutio ausgeschlossen war: das Hauptgewicht liegt auf der Art und Weise der Begründung des zur Frage stehenden Rechtsmittels, nämlich durch die Berufung darauf, daß die Sache in bonis dessen sich befinde, dem der Zwang widerfahren. Wo neben einem Rechtsinstitut des Civilrechts ein entsprechendes prätorisches sich bildete, wie z. B. neben der hereditas die bonorum possessio, da vermittelte die in integrum restitutio nur das entsprechende prätorische Recht. — Würde der Jurist nun hier an eine durch die in integrum restitutio vermittelte in rem actio denken, so hätte er sich zur Begründung dieser durch in integrum restitutio vermittelten in rem actio auf ein Recht des Gezwungenen berufe, welches ihm nicht vorher, sondern erst nach der in integrum restitutio zustand. Das ist unmöglich, und eben hieraus klar, daß der Jurist an eine vorgängige in integrum restitutio nicht denken kann. Die in rem actio wird dem Gezwungenen gegeben, weil er der Tradition (die erzwungen worden) ungeachtet bonitarischer Eigenthümer geblieben, das bonitarische Eigenthum durch solche Tradition nicht übergegangen ist. War er von vornherein nur bonitarischer Eigenthümer, so hat die Tradition keine andere Wirkung gehabt, als die Besitzübertragung.

Für die soeben verworfene Ansicht ist auch hier der ganze Zusammenhang der Stelle geltend gemacht,[14] aber auch hier mit völligem Unrecht. — Es heißt im § 4., nachdem im § 3. von der actio q. m. c. die Rede gewesen: volenti autem datur et in rem actio et in personam (d. h. die ursprüngliche durch Acceptilation untergegangene Klage) rescissa acceptilatione vel alia liberatione. Diese letzten Worte haben offenbar nur den Zweck, die Zulässigkeit der ursprünglichen persönlichen Klage (et in personam) zu begründen und besagen, daß es hier der vorgehenden Restitution bedürfe. Es bedurfte hiernach noch einer Rechtfertigung für die Gestattung der in rem actio bei einer erzwungenen Tradition, und gerade diese Rechtfertigung wird nachträglich in den zur Rede stehenden Worten des § 6. quia res in bonis est ejus, qui vim passus est, gegeben, nachdem in § 5 von der Zulässigkeit der actio q. m. c. bei einer erzwungenen Eigenthumsübertragung die Rede gewesen. Der Jurist geht hier davon aus, daß erzwungene Rechtsgeschäfte an sich zu Recht bestehen, hält deshalb bei einer erzwungenen acceptilatio die in integrum restitutio für nöthig und macht nur bei solchen Rechten eine Ausnahme, die allein auf prätorischem Schutze beruhen, wenigstens ist dieses hier rücksichtlich des bonitarischen Eigenthums ausgesprochen. War nun gleich auch die Klage des Gezwungenen aus dem bonitarischen Eigenthum eine fictitia actio, so war sie deshalb doch nicht eine durch vorgängige Restitution vermittelte. Eine jede auf dem Wege der Restitution wiedergegebene Klage ist eine fictitia actio, aber nicht jede fictitia actio ist durch vorgängige Restitution vermittelt.[15] Ja, wenn die Fiction bei Gewährung

---

[14]) Ich setze die ganze Stelle, die schon theilweise vorher mitgetheilt ist, hierher. § 4. Volenti autem datur et in rem actio et in personam rescissa acceptilatione vel alia liberatione. § 5. Item Julianus libro III, Digetorum putat, eum, cui res metus causa tradita est, non solum reddere, verum et de dolo repromittere debere § 6. Licet tamen in rem actionem dandam existimemus, quia res in bonis est ejus, qui vim passus est, verum non sine ratione dicetur, si in quadruplum quis egerit, finiri in rem actionem vel contra.

[15]) Vergl. Burchardi a. a. O., S. 429.

der Klage aus dem bonitarischen Eigenthum sich auch auf das Nichtgeschehensein der erzwungenen Veräußerung bezog, so ist doch der große Unterschied vorhanden, daß es hier zu einer solchen Fiction nicht erst der wirklichen restitutio in integrum bedurfte, daß also die der Restitution eigenthümliche causae cognitio wegfiel, und es nicht mehr darauf ankam, daß die Klage innerhalb eines annus utilis (seit Justinian eines quadriennii continui) erhoben wurde.

Halten wir schließlich das Resultat beider Stellen sub 7 und 8 zusammen. Die letztere besagt: das bonitarische Eigenthum geht durch eine erzwungene Tradition nicht über. Will man den Begriff des bonitarischen Eigenthums auch auf das Eigenthum der Peregrinen desgleichen das Eigenthum an den praediis provincialibus ausdehnen, so enthält die Codexstelle nichts Neues. Anders wenn man mit Puchta den fraglichen Begriff auf das Eigenthum an einer des quiritarischen Eigenthums fähigen Sache beschränkt. Von dieser Annahme aus, deren Richtigkeit auf sich beruhen bleiben kann, würde in der Codexstelle auf die erzwungene Veräußerung eines fundus provincialis derselbe Satz angewandt sein, der in der Digestenstelle bezüglich des bonitarischen Eigenthums an einer des quiritarischen Eigenthums fähigen Sache ausgesprochen ist.

Im Justinianeischen Rechte giebt es nur ein Eigenthum. — Eine erzwungene Tradition überträgt dasselbe nicht.

9. Von dem gewonnenen Resultate aus erhält auch eine Stelle aus Pauli sentent. recept. lib. I. tit. VII. § 6. ihre Erklärung:

> servus per metum mancipatus quidquid acquisierit vel stipulatus sit, ei acquirit, qui vim passus est.

Das bonitarische Eigenthum bleibt beim Gezwungenen zurück, der Erwerber hat demnach nur das nudum jus Quiritium. Aus Gajus, comment. II. § 88 (vergl. auch Ulpian, fragm. XIX, 20.), wissen wir aber, daß der Erwerb durch einen Sclaven dem boni-

tarischen Eigenthümer zufällt, nicht dem, welchem das nudum jus Quiritium zusteht.[16]

10. Ferner ist hier noch eine längere Stelle aus der consultatio veteris Icti mitzutheilen.[17] Der Fall, der besprochen wird, ist folgender: eine Frau hatte metu mariti et imperio einen Vertrag unterzeichnet, ohne zu wissen, quae, vel quales conditiones ipsi pactioni fuissent inditae vel insertae. Der Jurist sagt:

pactum hujus modi *jure* dissolvitur, nec stare poterit, quia legum beneficiis omnimodis impugnatur, primoreque juxta id, quod proposuisti, capite inviti pactio et metu coacti ipsis legibus de pactis clamantibus apertissime infirmatur, nam manifeste constitutum est, ne quispiam pacisci cogatur invitus. Dein textus memoratarum legum sic continet:

quas libero arbitrio et voluntate confecit.

Quis erit tam destitutus sapientia et vacuus intellectu, ut dicat illam pactionem fortem et firmam esse debere, quam mulier metu coacta mariti subscripsit imperio? Ac sic liberam voluntatem et proprium arbitrium non intelligitur habuisse, ac per hoc ipso legum capite, sicut jam supra dictum est, tale pactum nullius judicatur esse momenti, quantum leges subter annexae testantur. Ex capite Gregoriano lib. II. Imp. Severus A. Julio Conserturino:

ea, quae per vim et metum gesta sunt, etiam citra principale auxilium irrita esse debere, jam pridem constitutum est.

---

16) Auch hier ist von manchen Seiten der Versuch gemacht, das mißliebige Resultat in ähnlicher Weise zu beseitigen, wie bei den Stellen sub 1. 4. 5. Der Erwerb soll dem Gezwungenen nicht ipso jure zufallen, sondern nur wie der Sclave selbst mit der actio q. m. c. dem neuen Erwerber abgefordert werden können.

17) Jus civile antejustinianeum tom. II. Berolini 1815, p. 1477 seq.

Item alia ex corpore et libro supradicto: Imp. Antoninus A. Juliae Basiliae:

pacta quae ab invitis contra leges constitutionesque fiunt, nullam vim habere, indubitati juris est.

— — — — Ergo si leges servantur et custodiuntur principum statuta, pactionem, de qua locuti sumus, manifestissimum est nullas vires habere. Nam hoc loco Theodosiani legem de pactis pro hoc credidi inserendam, quia initium ipsius constitutionis tale est, ut dicat:

si adversum pacta vel transactiones, quas libero arbitrio et voluntate confecit, putaverit esse veniendum, et poenam reddat, et emolumenta perdat, et infamiam incurrat.

Sed ille, qui liberum arbitrium habuit, non ille, qui invitus fecit et faciendi voluntatem non habuit.

In den mannigfachsten Wendungen erscheint hier der Satz ausgesprochen, ein erzwungener Vertrag ist nichtig. Was zunächst das angezogene Rescript des Kaisers Antoninus anlangt, so werden die Worte nullam vim habere am natürlichsten von der Nichtigkeit der hier bezielten Verträge verstanden, und hierauf weisen auch die Worte contra leges constitutionesque hin. Die Frage ist nun aber, in welchem Verhältniß stehen diese letzteren Worte zu den unmittelbar vorstehenden: pacta, quae *ab invitis* (contra leges constitutionesque) fiunt? Burchardi[18] interpretirt: „Verträge, die erzwungen sind und welche zugleich den Gesetzen zuwider laufen." Aber diese Deutung ist völlig unmöglich. Die Worte, auf denen ihrer Stellung nach das Gewicht liegt, ab — invitis, würden völlig bedeutungslos sein. Die Worte contra leges constitutionesque können nur, da sie sich ohne jede weitere Verbindung an ab invitis anlehnen, ein Moment hervorheben, welches schon von selbst in den Worten quae ab invitis

[18]) Merkwürdiger Weise auch Vangerow, Pandekten, Bd. III, S. 302, der sich sonst durch Schärfe und Unbefangenheit der Interpretation auszeichnet.

fiunt gegeben ist, mit anderen Worten, sie können nur besagen: id quod est contra leges oder id quod improbatur per leges constitutionesque. — Was die Hauptsache ist, in der beregten Weise hat auch der Verfasser der consultatio das Rescript verstanden, da er sich auf dasselbe zum Beweise dafür beruft, daß ein erzwungener Vertrag nullius judicatur esse momenti. Dabei kann man freilich zugeben, daß der Satz selbst, d. h. daß die Berufung auf leges constitutionesque zum Erweise der Nichtigkeit erzwungener Verträge auf einem Irrthum beruht,[19] es bleibt aber dabei: das Rescript erklärt, wenn schon irrthümlich auf leges constitutionesque sich beziehend, einen erzwungenen Vertrag für nichtig, und der Autor der consultatio hat zum Erweise der Nichtigkeit sich auf jenes Rescript berufen. Ja selbst wenn das Rescript nicht aussprechen sollte was es nach dem Obigen besagt — die Nichtigkeit erzwungener Verträge, immer würde mindestens das Resultat sich herausstellen, der autor jener consultatio lehrt die Nichtigkeit eines erzwungenen Vertrages.

Die eben besprochenen Worte werfen — obschon es dessen nicht einmal bedarf — Licht auf die ganze oben mitgetheilte Stelle. Das Recht selbst erklärt einen erzwungenen Vertrag für nichtig. Denn das Recht verlangt Uebereinstimmung des Willens mit der Erklärung. Bei einer erzwungenen Willenserklärung fehlt es an dieser Zustimmung des Willens zum Inhalte der Erklärung. Der Gezwungene non habet faciendi voluntatem (vergl. den Schluß) — völlig in Conformität mit der sub 3. angeführten Stelle: non habet voluntatem manumittentis, weiter auch in Conformität mit der

11. lex 116. pr. D. de R. J. (50, 17): nihil consensui tam contrarium est, qui ac bona fidei judicia sustinet, quam vis atque metus, quem comprobare contra bonos mores est. Die letzten Worte sind freilich ganz allgemein gehalten, die Eingangsworte besagen dafür desto bestimmter, daß der Zwang den

[19]) Möglicherweise hat die Stelle die lex Julia de vi publica im Auge, von welcher Marcian sagt l. 5. pr. D. ad leg. Jul. de vi publ. (48, 6) Eadem lege tenetur — — qui per vim sibi aliquem obligaverit.

Consens aufhebt, d. h. daß es bei einem erzwungenen Vertrage an der Zustimmung zum Inhalte der Erklärung fehlt.

12. Mit großer Sicherheit läßt sich endlich nachweisen, daß das R. R. ein erzwungenes Testament, wie überhaupt jede erzwungene letztwillige Verfügung als nichtig betrachtete. Dieser Nachweis trägt aber insofern von den bisherigen Erörterungen einen etwas verschiedenen Charakter, als hier eben so sehr wie die Quellen die Natur der Sache zu Rathe gezogen, und die in dieser begründete Nothwendigkeit für die Annahme der Nichtigkeit herausgestellt werden wird.

Die Mehrzahl der Juristen in der neuesten Zeit hält ein erzwungenes Testament für nichtig.[20] Die Gegner statuiren entweder in einem solchen Falle eine Indignität für den Zwingenden, oder nehmen die Rescissibilität der auf Zwang beruhenden Disposition an. Was die erstere Annahme anlangt, so trägt freilich der sechste Titel des 29. Buchs der Digesten die Ueberschrift: si quis aliquem testari prohibuerit *vel coegerit*, und bestimmt für den ersteren Fall, daß dem Prohibenten die Erbschaft vom Fiscus entrissen werden soll (denegari ei debere actiones, denegatisque ei actionibus fisco locum fore — aber rücksichtlich des zweiten Falles ist keine Bestimmung getroffen.[21] Die gleiche Ueberschrift führt der 34. Titel des 6. Buchs des Codex. Auch hier ist für den ersteren Fall die Indignität des Zwingenden ausgesprochen; die einzige Stelle, welche den zweiten Fall bespricht, lex 1:

> civili disceptationi crimen adjungitur, si testator non sua sponte testamentum fecit, sed compulsus ab eo, qui heres est institutus, vel a quolibet alio, quos noluerit, scripsit heredes,

---

[20]) Die Aelteren sind von Glück (Commentar, Bd. XXXIII, S. 426 ff. not. 54—56), die Neueren von Vangerow, Bd. II, § 431, S. 103 zusammengestellt.

[21]) Mit Unrecht ist früher oft l. 2. § 2. hierauf bezogen. Vergl. Vangerow, Bd. II, S. 105. Mühlenbruch, Commentar, Bd. 43, S. 488 f. Ueber das Folgende vergleiche ganz besonders Vangerow a. a. O.

sagt von einer Indignität kein Wort. — Die für den ersten Fall getroffene Disposition auch auf den zweiten anwenden, ist bei der völligen Verschiedenheit beider Fälle ganz ungehörig. Wenn Jemand eine dritte Person zum Erben einsetzen will, der legitimus heres aber die Errichtung des Testaments hindert, so enthält die Bestimmung, daß der Fiscus eintreten solle, weder eine Unbilligkeit gegen den Erblasser, noch gegen denjenigen, dessen Ernennung beabsichtigt war. Denn der Letztere kann ja niemals Erbe werden, da es an der Errichtung des Testaments fehlt; der Erblasser hat aber dem Zwingenden sein Vermögen nicht hinterlassen wollen. Aber wie ganz anders in dem Falle, wo Jemand von einem Dritten gezwungen worden ist, ihn im Testamente zu seinem Erben zu ernennen! Wenn hier dieselbe Bestimmung zu Gunsten des Fiscus Platz greifen würde, so würde darin eine gleiche Unbilligkeit gegen den Erblasser liegen wie gegen den Intestaterben; gegen den Erblasser, weil dieser ja kein Testament errichten, vielmehr sein Vermögen dem Intestaterben hinterlassen wollte, gegen den Letzteren, weil dessen Recht nur durch das erzwungene Testament ausgeschlossen ist. Nur bei der Annahme einer Nichtigkeit der erzwungenen letztwilligen Disposition gelangen wir hier — abgesehen von der Annahme einer Rescissibilität, worüber sofort das Nähere — zu einem Resultate, welches jene Unbilligkeit beseitigt. Hiernach ist es ganz ungerechtfertigt — was auch ohnehin schon mehr als gewagt erscheinen müßte — die singuläre Bestimmung für den ersteren Fall ohne Quellenbeläge auf den zweiten zu erstrecken.

Die zweite Ansicht geht dahin, das erzwungene Testament ist an sich gültig, aber anfechtbar durch die gewöhnlichen Rechtsmittel, welche aus dem Zwange originiren. Es mag hier davon abgesehen werden, daß jene Rechtsmittel einen dem Gezwungenen zugefügten Vermögensnachtheil voraussetzen, die Errichtung des Testaments aber solchen Nachtheil nicht enthält. Entscheidend ist gegen diese Annahme der eine Umstand, daß die actio q. m. c. und die in integrum restitutio nur dem Gezwungenen selbst oder aber dessen Erben gegeben werden. Damit nun Demjenigen, wel-

chem ohne das erzwungene Testament die Erbschaft zugefallen wäre, die actio q. m. c. auf Rescission des an sich gültigen Testaments gegeben werden könnte, müßte man die Nichtigkeit des Testaments voraussetzen, was einen Widersinn enthält. — Es wird nur übrig bleiben, ihm aus eigenem Rechte jenes Rechtsmittel zusprechen. Aber durch nichts sind wir zur Annahme berechtigt, daß die actio q. m. c. auch von dritten Personen erhoben werden kann, während sie in den Quellen nur dem Gezwungenen und dessen Erben gegeben wird.[22]

So ist denn in der That kaum eine andere Annahme geboten, als die der Nichtigkeit der erzwungenen letztwilligen Disposition. In Vergleichung mit der inneren Nothwendigkeit, welche auf diese Annahme hinführt, erscheinen die äußeren Zeugnisse von geringerer Erheblichkeit, obschon es an solchen keineswegs ganz fehlt. Schon die oben mitgetheilte lex 1 weiset in den Worten *quos noluerit* scripsit heredes darauf hin, daß es bei einer erzwungenen letztwilligen Verfügung an dem der Erklärung entsprechenden Willen fehlt. Das Perfectum *noluerit* entspricht dem Perfecto scripsit, ist also nicht etwa so zu verstehen, daß der Testator Personen zu Erben eingesetzt hat, deren Einsetzung er anfangs nicht beabsichtigte, in welchem Falle nothwendig ein Zusatz, initio oder dergleichen zu erwarten gewesen wäre. Wir übersetzen demnach, indem wir, um jedes Mißverständniß zu beseitigen, das Präsens für noluerit wie für scripsit wählen „er ernennt die zu seinen Erben, welche er nicht will“, und fragen weiter, was ist zu ergänzen (quos noluerit) *heredes scribere* oder *heredes esse?* Ohne Zweifel das Letztere. Wer gezwungen eine Willenserklärung abgiebt, hat den auf Erklärung gerichteten Willen, wenn schon es anders mit dem dem Inhalt der Erklärung entsprechenden Willen steht. Man kann daher nicht sagen: wer gezwungen im Testamente schreibt

---

[22]) Der Verletzte könnte nur die actio doli haben, diese würde aber immer nur gegen den Zwingenden selbst angestellt werden können und nicht zum Ziele führen, wenn der Zwang auf Einsetzung einer dritten Person gerichtet und der Zwingende insolvent wäre.

„ich ernenne den A zu meinem Erben", will diese Erklärung nicht abgeben, sondern nur „hat trotz der Erklärung nicht den Willen, daß der A Erbe wird", d. h. es fehlt der der Erklärung entsprechende Wille. Nur, wenn man vor dem noluerit ein *initio* einzuschieben berechtigt wäre, dürfte man subintelligiren quos noluerit *scribere heredes;* da dieses nicht der Fall ist, so bleibt nur übrig zu ergänzen (quos noluerit) *heredes esse.* Wir übersetzen demnach „er ernennt die zu seinen Erben, von denen er nicht will, daß sie Erben werden". Mit anderen Worten: es fehlt der dem Inhalte der Erklärung entsprechende Wille.

Weiter kommt die l. 20. § 10. D. qui test. fac. poss. (28, 1)

> sed si detenti sint *inviti* ibi testes, putant non valere testamentum

in Betracht. Man hat hier geltend gemacht, „daß ein erzwungener Solennitätszeuge so gut wie gar keiner sei, es mithin dem Testamente an den nöthigen Solennitäten fehle". Aber der Grund, weshalb ein gezwungener Testamentszeuge „so gut wie gar keiner ist", kann doch nur darin liegen, daß ein solcher Zeuge, wenn er schon äußerlich alles vornimmt, was einem Zeugen bei einem schriftlichen Testamente zu thun obliegt, doch nicht den Willen hat, an seinem Theile zur Errichtung einer letztwilligen Verfügung mitzuwirken.[23] Indem nun das Recht selbst bei dem Testamentszeugen das äußerliche Vornehmen dessen, was ein Zeuge vorzunehmen hat, für unwirksam erklärt, wenn es an dem der äußeren Handlung entsprechenden inneren Willen fehlt, wie viel mehr muß ein Gleiches von der Hauptperson bei der Testamentserrichtung gelten!

[23]) Will man hierin nicht den Grund finden, so muß man dazu kommen, bei den Testamentzeugen das besondere Erforderniß der freiwilligen Annahme aufzustellen, wie dieses vielfach geschehen ist (Puchta, Pandekten § 464, Anm. d). Auf diese Weise hält es freilich nicht schwer, die Stellen des § 8 zu beseitigen. Man könnte ja eben so wohl bei dem Erbschaftsantritt (vergl. die Stelle § 8. sub 4) das besondere Erforderniß der freiwilligen Antretung aufstellen und würde dann leicht mit jener Stelle fertig werden, ebenso bei der Dotispromissio u. s. w.

Uebrigens versteht es sich von selbst, daß nur die Verfügung nichtig ist, zu welcher der Testator gezwungen, die übrigen aber vollkommen zu Recht bestehen, insofern ihre Rechtsbeständigkeit nicht von der Gültigkeit der erzwungenen Verfügung abhängt. Doch hierüber an einem anderen Orte. Vergl. weiter unten § 15. sub 1.

§ 9.

Gestaltung der Lehre vom Einflusse des Zwanges im Justinianeischen Rechte.

III. Versuche, den Rechtssatz über den Einfluß des Zwangs so zu formuliren, daß der Widerspruch verschwindet.

Die Versuche, auf dem Wege der Interpretation den Widerspruch zu beseitigen, oder richtiger: den Widerspruch als einen nur scheinbaren hinzustellen, haben wir kennen gelernt. Diese Versuche sind fehlsam. Keine Theorie wird hiernach auf längere Zeit zur Herrschaft gelangen, welche die Beseitigung jenes Widerspruchs auf diesem Wege zur nothwendigen Voraussetzung hat. — Als erwiesen darf jetzt wohl vorausgesetzt werden, daß sich neben der Anschauung, erzwungene Rechtsgeschäfte sind an sich gültig, auch die gerade entgegengesetzte in den Quellen findet.

Es gilt jetzt die Versuche zu beleuchten, welche den Widerspruch dadurch heben wollen, daß sie beiden entgegengesetzten Rechtssätzen ein verschiedenes Gebiet der Herrschaft zuweisen. Entweder hat man als Regel den einen oder den anderen Satz hingestellt, und den entgegengesetzten nur in einzelnen bestimmten Fällen anerkannt, oder man hat den Versuch gemacht, eine durchgreifende Eintheilung der Rechtsgeschäfte zu gewinnen, um der einen Art diesen, der andern jenen Rechtssatz zuzuweisen. Hienach zerfallen diese Versuche in drei Classen:

1. Bei Weitem die Mehrzahl stellt als Regel hin: ein erzwungenes Rechtsgeschäft ist an sich gültig, und statuirt hiervon nur einzelne Ausnahmen. Innerhalb dieses Standpunktes tritt

uns aber die größte Mannigfaltigkeit entgegen, indem bald die eine, bald die andere der im vorigen § besprochenen Stellen auf dem Wege der Interpretation beseitigt,[1] bald den in jenen Stellen besprochenen Fällen eine engere, bald eine größere Ausdehnung gegeben wird,[2] bald endlich noch andere Stellen, als die besprochenen angezogen werden.[3]

2. Andere kehren die Regel um: Das Römische Recht, meint unter Anderen Klien,[4] habe in der Regel die Richtigkeit eines durch Zwang veranlaßten Rechtsgeschäfts angenommen und hiervon nur einzelne Ausnahmen statuirt, in welchen dann die prätorischen Rechtsmittel Abhülfe gewährt hätten.

3. Noch Andere suchen hier nach einem Principe. In der Regel würde dieses in dem Gegensatze der bonae fidei und stricti juris negotia gefunden, die letzteren sollen, wenn erzwungen, gültig, die ersteren nichtig sein. Meistens war hiermit die Bemerkung verbunden, daß heut zu Tage, wo die stricti juris negotia weggefallen, der Zwang ganz allgemein Nichtigkeit der erzwungenen Disposition zur Folge habe. Daneben kommt die Unterscheidung zwischen formlosen und formellen Rechtsgeschäften vor.[5]

Alle diese Versuche, den Widerspruch zu beseitigen, erweisen

---

[1]) So statuirt z. B. Vangerow nur in den Fällen des § 8. sub 1—3 eine Ausnahme, Burchardi außerdem noch im Falle einer erzwungenen auctoritatis interpositio (vergl. dessen Röm. Privatrecht S. 329). Das Nähere in der Literatur.

[2]) So werden namentlich die Stellen des §8. sub 1 und 2 bald auf den wörtlichen Inhalt beschränkt (wenn der Zwang zur Freilassung vom Sclaven selbst oder vom Volk ausgegangen ist), bald stellt man den Satz auf, jede unfeierliche Freilassung, bald jede Freilassung ist, wenn erzwungen, nichtig.

[3]) Namentlich gilt dieses von der l. 1. § 1 D. de auctorit. et cons. tut. et cur. (26, 8), worüber weiter unten § 12 am Ende.

[4]) Ueber das Wesen und die Anwendbarkeit der Prätorischen Restitutionen, insonderheit der Wiedereinsetzung wegen erlittenen Zwanges (Archiv für civil. Praxis Bd. I. sub XVI. S. 207—230, vergl. namentlich S. 218).

[5]) So namentlich Nettelbladt, systema universae jurisprudentiae, tom. I. Halae 1749. § 98. 99.

sich jedoch bei näherer Prüfung als ganz unhaltbar. Der sub 1 aufgeführten Ansicht steht entgegen:

a. Mehreren Stellen, welche in einem bestimmten Falle Nichtigkeit des erzwungenen Rechtsgeschäfts statuiren, widersprechen andere in sehr bestimmter Weise, die in dem gleichen Falle das Gegentheil geltend machen. Die Stellen sub 1 und 2 sprechen aus, erzwungene Freilassungen sind nichtig. In Widerspruch steht die sub 3 in fine citirte l. 9. § 2. D. h. t., welche auf die prätorischen Rechtsmittel verweiset. — Nach der sub 4 citirten Stelle ist eine erzwungene Erbschaftsantretung nichtig, nach der l. 21. § 5. D. h. t. an sich gültig.

b. Andere Stellen lauten ganz generell und sind ebendaher schlechterdings nicht mit dem Satze „ein erzwungenes Rechtsgeschäft ist an sich gültig" zu vereinigen. Vergl. § 8. sub 6. 10. 11.

c. Die Hauptsache ist aber: die Nichtigkeit wird in den Stellen, die wir im § 8 kennen gelernt haben, wenigstens in mehreren derselben (vergl. insbesondere sub 3 und 4) auf Gründe gestützt, die ganz allgemein zur Annahme der Nichtigkeit erzwungener Rechtsgeschäfte führen, so daß man deutlich sieht, es legt sich in diesen Stellen eine völlig verschiedene Anschauung zu Tage von derjenigen, die sich in dem Satze ausspricht: *coactus quidem* voluit, sed tamen *voluit.*

Während jene erste Ansicht sich scheinbar wenigstens an die Quellen anschließt, kann auch dieses nicht einmal von der dritten der oben aufgeführten Meinungen behauptet werden. Denn die dotis promissio, die, wenn erzwungen, nach der Stelle Nr. 5 nichtig ist, geschah zur Zeit des Paulus in der Form der Stipulation, und erzeugte mithin eine stricti juris obligatio. Zudem ist die Eintheilung in bonae fidei und stricti juris negotia keine durchgreifende aller Rechtsgeschäfte, und so verschwindet auch der Anschein einer einfacheren Gestaltung, welcher für diese Ansicht sprechen könnte. — Eine solche durchgehende Eintheilung ist nun zwar mit Unterscheidung zwischen formellen und formlosen gegeben, aber auch der Ansicht, welche diese Unterscheidung zu Grunde

legt, steht (abgesehen von anderen Stellen) die Stelle sub 5 entgegen. Endlich kommen noch die vorhin sub a. b und c angeführten Gründe auch gegen diese Ansicht in Betracht.

Das möge hier genügen! Im Uebrigen verweise ich auf die positive Entwicklung im folgenden §, wie im zweiten Abschnitte.

Das Resultat der bisherigen Untersuchung ist: der Widerspruch besteht in Wirklichkeit. — Es kommt darauf an das Bestehen desselben zu erklären (§ 10) und vom Standpunkte allgemeinerer Rechtsgrundsätze aus sich für die eine oder andere Ansicht zu entscheiden (Abschnitt II).

§ 10.

Gestaltung der Lehre vom Einflusse des Zwanges im Justinianeischen Rechte.

IV. Historische Erklärung des Widerspruchs.

Wir fragen: wie ist es erklärlich, daß die Römischen Juristen, die meistens in so bestimmter Weise den Satz aussprechen „ein erzwungenes Rechtsgeschäft ist an sich gültig", doch auch mehrfach zur gegentheiligen Behauptung kamen?

Es ist nicht zu vermeiden, daß bei Erörterung dieses Punktes Manches vorweggenommen wird, was erst im zweiten Theil seine nähere Begründung erhalten soll. Wer aus diesem Grunde meinen sollte, daß die gegenwärtige Ausführung an diesen Ort nicht gehöre, mit dem will ich nicht rechten, und nur hervorheben, daß ich derselben diese Stelle gegeben, einestheils weil der allgemeinere Standpunkt gegenwärtiger Betrachtung auf das Verständniß der einzelnen Stellen, mit deren Interpretation sich der § 8 beschäftigt hat, zurückwirkt, anderentheils um den dogmatischen Charakter der Ausführungen des zweiten Abschnitts von historischen und exegetischen Bemerkungen möglichst rein zu erhalten.

Die Erklärung jenes Widerspruchs liegt darin, daß die weitere Entwickelung des Rechts von mehreren Seiten aus mit einer gewissen Nothwendigkeit auf den Satz hinführte „erzwungene Rechtsgeschäfte sind nichtig".

1. Es ist schon oben (vergl. §2. S. 9 ff.) ausgeführt, daß wenn mit der in integrum restitutio ex capite metus im Laufe der Zeit eine ähnliche Veränderung vor sich gegangen sein würde, wie mit der in integrum restitutio wegen capitis deminutio, der Satz sich hervorgebildet haben würde „nach prätorischem Rechte ist ein erzwungenes Rechtsgeschäft nichtig". Wenn nun damals noch auf sich beruhen bleiben mußte, ob eine derartige Weiterbildung wirklich erfolgt ist, so ist uns im § 8. S. 69 ff. in der l. 3. Cod. h. t. und l. 9. § 6. D. h. t. wirklich ein solcher Fortschritt entgegen getreten. — Wenn der Prätor den Gezwungenen gegen die Uebertragung des Eigenthums in integrum restituirte, so gab er ihm nicht das civilrechtliche Eigenthum wieder (wie bei einer erzwungenen Ausschlagung der hereditas nicht das civile Erbrecht), sondern behandelte ihn nur praktisch als Eigenthümer, mit anderen Worten, verlieh ihm nur das s. g. bonitarische Eigenthum im Gegensatze zum quiritarischen (vergl. oben S. 74 f.). So lange es auch hierzu einer eigentlichen Restitution bedurfte, so lange stand auch für das Prätorische Recht der Satz fest „ein erzwungenes Rechtsgeschäft ist an sich gültig". So wie aber die jeder in integrum restitutio eigenthümliche causae cognitio — ob nach den besonderen Umständen des Falles die Restitution als nöthig und räthlich erschien — wegfiel, sowie die kurze Verjährungsfrist nicht zur Anwendung kam, sowie mithin ohne Weiteres — ipso jure praetorio — derjenige, welcher gezwungen eine Sache zum Eigenthum übertragen hatte, noch als bonitarischer Eigenthümer angesehen wurde, hatte sich auch das Recht selbst dahin verändert, daß nunmehr für das Prätorische Recht der Satz zur Geltung kam „ein erzwungenes Rechtsgeschäft ist nichtig" — wenn schon nicht generell, — doch in der Beschränkung auf eine erzwungene Eigenthumsübertragung. Es bestand in diesem Augenblicke nur der Unterschied, daß die Frage, ob ein rechtsgenügender Zwang vorlag, zur Cognition des Prätors gehörte — ein reines Formale, welches mit dem Wegfallen des alten ordo judiciorum privatorum schwinden mußte. Die l. 3. Cod. und l. 9. § 6. D. h. t. legen

Zeugniß ab von dieser Entwickelung. — Der formelle Gegensatz des Prätorischen und des Civilrechts ist im Justinianeischen Rechte verschwunden.

2. Von eben so großer Bedeutung erscheint ein zweiter Punkt. Wer gezwungen erklärt, ich manumittire — ich trete die Erbschaft an, ich verspreche zu zahlen ꝛc., hat ohne Frage die Erklärung gewollt. Eine andere Frage ist, ob der Inhalt der Erklärung seinem Willen entspricht. Die äußerliche Erklärung „ich manumittire, ich trete die Erbschaft an", genügt, um dem angedrohten Uebel zu entgehen. Hat nun in einem solcher Fälle der Gezwungene auch die voluntas manumittentis, den Willen Erbe zu werden, gehabt, oder liegt eine bloße Erklärung vor, aus der eben weil sie erzwungen der solcher Erklärung entsprechende Wille nicht gefolgert werden kann?

Es ist hier noch nicht die Aufgabe, eine Antwort auf diese Frage zu geben. Sie wurde hingestellt, um die Erwägung bemerklich zu machen, von der mehrere einzelne der Stellen des § 8 ausgehend zur Annahme der Richtigkeit gelangen.

a. Die Frage nun, ob die Erklärung dem Willen entspricht, mußte zunächst da sich geltend machen, wo für ein Rechtsgeschäft die Beachtung einer besonderen Form nicht erforderlich war. Wo solche Formvorschriften bestanden, da schien eben in der Beachtung der Form ein Kennzeichen für den Willen gegeben, welches jede weitere Prüfung, ob der entsprechende Wille vorhanden sei, unnöthig machte. Als im Laufe der Zeit im ganzen Gebiete des Rechts die formlosen Rechtsgeschäfte eine größere Bedeutung erlangten, als im Gebiete des Obligationenrechts die Zahl der formlosen Verträge sich mehrte, als es selbst im Gebiete des Sachenrechts zur Bestellung dinglicher Rechte einer besonderen Form nicht bedurfte (Servituten, Pfandrecht), als auch im Gebiete des Personenrechts die Formen mehr und mehr abgestreift wurden und z. B. die manumissio inter amicos genügte, dem Sclaven die Freiheit zu geben, als auch im Gebiete des Erbrechts (bei den Fideicommissen) ein Aehnliches hervortrat, da mußte denn die

Frage, ob der formlosen Erklärung der wirkliche Wille entsprach, eine größere Bedeutung gewinnen. Es ist hier ein ähnlicher Gegensatz wie zwischen der ausdrücklichen und s. g. stillschweigenden Willenserklärung. Von dem Standpunkte aus, der den Ausdruck des Willens vorzugsweise nur in einem formellen Acte zu finden gewohnt ist, mußte die solcher Form entblößte Erklärung in einem ähnlichen Gegensatze zur formellen Willenserklärung erscheinen, wie ein solcher Gegensatz zwischen der ausdrücklichen und stillschweigenden Erklärung besteht. Die unförmliche Erklärung war eben eine stillschweigende von dem Standpunkte aus, wo der gewöhnliche Ausdruck in der Form besteht. — Und wie es allgemein anerkannt ist, daß bei der stillschweigenden Willenserklärung die voluntatis quaestio eine viel größere Rolle spielt, indem alle Umstände des concreten Falles aufs Sorgfältigste zu erwägen sind, so mußte auch die voluntatis quaestio eine viel größere Bedeutung bei den der Form entblößten als den formellen Willensacten gewinnen.

Das Vorstehende ist keine blos abstracte Betrachtung. Sie erscheint uns in der § 8. sub 3 besprochenen Stelle aus dem fragment. veteris Icti concret vor die Augen geführt. Ich setze die Stelle noch einmal hierher:

> In his, qui inter amicos manumittuntur, voluntas domini spectatur. Lex enim Junia eos fieri Latinos jubet, quos dominus liberos esse voluit. Hoc quum ita se habeat, debet voluntatem manumittentis habere dominus, unde si per vim coactus — — manumiserit, non veniet servus ad libertatem, quia non intelligitur voluisse, qui coactus manumiserit.

Den auf Freilassung des Sclaven gerichteten Willen hat derjenige nicht, welcher die bezügliche Erklärung gezwungen abgegeben hat, wenn er schon die Erklärung gewollt hat. — Den generellen Ausdruck hat diese Erwägung in dem Satze erhalten nihil consensui tam contrarium est quam vis et metus.

Die Meinung kann nun nicht die sein — die oben ausdrücklich

verworfen worden — als ob das R. R. formlose Willenserklärungen, wenn durch Zwang hervorgerufen, als nichtig angesehn, formelle als an sich gültig betrachtet habe. Nach ihren beiden Seiten hin würde diese Behauptung unrichtig sein. — Unrichtig ist es, daß die Römische Jurisprudenz formlose Rechtsgeschäfte, wenn sie erzwungen, für nichtig gehalten hat. Dem widersprechen, wie oben gezeigt, auf das Bestimmteste die Quellen; und die gegenwärtige Ausführung hatte nur die Absicht, den Widerspruch, der in den Quellen rücksichtlich der obigen Frage sich findet, zu erklären, und zu zeigen, daß gerade bei formlosen Rechtsgeschäften — weil hier besonders die voluntatis quaestio hervortritt — das Bewußtsein am leichtesten sich Geltung verschaffen konnte, daß aus erzwungenen Willenserklärungen mit Sicherheit nicht auf den der Erklärung entsprechenden Willen geschlossen werden kann, ohne daß damit behauptet werden sollte, daß dieses nun auch generell bei allen formlosen Verträgen angenommen worden wäre. Gerade weil dieses nicht geschehen, besteht jener Gegensatz im R. R., für welchen wir eben die Erklärung im gegenwärtigen § suchen. — Eben so unrichtig wäre aber auch der zweite Theil der obigen Behauptung. Uebereinstimmung des Willens mit dem Inhalte der Erklärung ist auch bei formellen Rechtsgeschäften erforderlich, wenn schon hier die Frage, ob der der Erklärung entsprechende Wille vorliegt, nicht so nahe gerückt war. — In der That haben denn auch die Quellen in einzelnen Fällen dieser Art die Nichtigkeit anerkannt, vergl. die Stelle § 8. sub 5, worüber sofort ein Näheres.

b. Auch auf dem Gebiete der formellen Rechtsgeschäfte lag die Frage, ob die in Folge des Zwanges gegebene Willenserklärung dem Willen entspricht, in solchen Fällen sehr nahe, wo das Rechtsgeschäft — wenigstens in der Regel — einen Act der Liberalität involvirt. Daß beim Zwang ein der Handlung zu Grunde liegendes Wohlwollen nicht angenommen werden kann, ist gewiß. Ist dies der Fall, so wurde die Frage nahe gelegt, ob der Erklärung wirklich der Wille entspricht. — So findet die Stelle § 8.

sub 5. si dos metu promissa sit ihre Erklärung. Von Seiten einer zur Dosbestellung nicht verpflichteten Person involvirt die dotis promissio immer einen Act der Liberalität.[1] Wenn nun ein Dritter gezwungen eine Dos promittit, so ist klar, daß hier von einem unterliegenden Wohlwollen nicht die Rede ist. Diese Betrachtung mußte aber zur Aufwerfung der Frage führen: hat, wer gezwungen eine Dotispromissio vornimmt, den der Erklärung entsprechenden Willen, oder ist die Erklärung nur als Scheinerklärung anzusehen? Von dieser Erwägung aus kommt der Jurist zu der Entscheidung, *talis* promissio dotis nulla est. Aehnlich steht es bei einer Manumission, welche eben regelmäßig auch als eine Art des Wohlwollens erscheint, vergl. die Stellen des § 8. sub 1 und 2.

Dem möglichen Einwande, daß gerade in dem einfachsten Falle einer Schenkung die Nichtigkeit nicht ausgesprochen ist, ja gerade bei mehreren Fällen, wo die Gültigkeit erzwungener Rechtsgeschäfte hervorgehoben wird, vorzugsweise an den Fall der Schenkung gedacht sein wird, würde ein gänzliches Verkennen dessen zu Grunde liegen, was die vorstehende Erörterung bezweckt. Es ist nur die Absicht, den Widerspruch zu erklären, und mit der Statuirung des Widerspruchs ist schon gegeben, daß die Erwägungen, welche die Römischen Juristen da leiteten, wo sie zur Annahme der Nichtigkeit gelangten, keinen durchgreifenden Einfluß gehabt haben.

c. Am meisten auffallend muß auf den ersten Blick die § 8. sub 4 mitgetheilte Stelle, betreffend eine erzwungene Erbschaftsantretung, erscheinen. Das Auffällige schwindet aber, wenn man die Bedeutung der Erbschaftsantretung erwägt und sieht, wie gerade hier die Römische Jurisprudenz sorgfältiger als in irgend einem anderen Gebiete des Rechts auf die zum Antritt erforderliche Beschaffenheit des Willens eingehet. So wird in l. 17. pr.

---

[1]) Es liegt darin regelmäßig eine Schenkung an die Frau, die in der Regel die dotis actio nach Auflösung der Ehe gewinnt.

D. de acq. vel am. her. (29, 2) ausgeführt, daß wer das Testament, in welchem er zum Erben eingesetzt worden, für nichtig hält, nicht mit Rechtseffect ausschlagen kann — offenbar weil er trotz der Erklärung nicht den Willen hat, die ihm durch das Testament gegebene Möglichkeit, Erbe zu werden, aufzugeben, da er diese Möglichkeit selbst nur als eine scheinbar vorhandene betrachtet. Umgekehrt ist auch aus demselben Grunde die Erbschaftsantretung in einem solchen Falle nichtig l. 30. § 8. l. 46. eod. Und wenn in l. 19. eod. gesagt wird, qui hereditatem adire vel bonorum possessionem petere vult, certus esse debet, defunctum esse testatorem, so ist klar, daß das bestimmte Wissen von dem Ableben des Testators nur deshalb verlangt wird, weil im entgegengesetzten Falle trotz der Erklärung nicht der entschiedene Wille vorhanden sein kann, Erbe zu werden. Wenn man in diesen Bestimmungen nicht lauter Besonderheiten findet, — wie freilich meistens, wenn nicht immer, geschehen ist — wenn man anerkennt, daß was verlangt wird, einzig nur der wirklich vorhandene Wille ist, Erbe zu werden, dann wird man es erklärlich finden, wie gerade bei der Erbantretung den Römischen Juristen zum Bewußtsein gekommen ist, daß aus einer erzwungenen Erklärung adeo hereditatem, sich der wirkliche Wille des Erklärenden, Erbe werden zu wollen, nicht entnehmen läßt. So wurde denn auch hier, im Falle einer erzwungenen Erbschaftsantretung, ein Princip ausgesprochen, welches consequent eine Umgestaltung der Lehre vom Zwange zur Folge haben mußte.

Das Prätorische Edict war von dem Grundsatz ausgegangen, ein erzwungenes Rechtsgeschäft ist an sich gültig. Von diesem Grundsatze aus war die nähere Ausbildung der actio q. m. c., der exceptio metus erfolgt, hatte sich die in integrum restitutio Geltung verschafft. Aber gleichzeitig mit dieser Ausbildung war auch die entgegengesetzte Anschauung von der Nichtigkeit erzwungener Rechtsgeschäfte hervorgetreten. Ich sage gleichzeitig. Denn aus dem logischen Nacheinander läßt sich nicht auf ein Nacheinander in der Geschichte schließen

Und wie der Gegensatz am Ende der classischen Jurisprudenz neben einander bestand, so findet er sich auch in der Justinianeischen Compilation. Dort schwand die schöpferische Kraft, die eine Anschauung durchweg zur Geltung gebracht haben müßte, hier fehlte die juristische Einsicht, um was innerlich verschieden war, als solches sofort zu erkennen. Wo die Arbeit der Römer aufgehört hat, da beginnt die unsere. Zunächst gilt es, sich vom Standpunkte allgemeiner Rechtsgrundsätze für die eine oder andere Auffassung zu entscheiden.

Zweiter Abschnitt.

Kritisch-Dogmatische Darstellung.

Die Quellen führen uns einen Gegensatz vor, der weder auf dem Wege der Interpretation, noch durch die Fassung des Rechtssatzes beseitigt werden kann. Der Rechtswissenschaft fällt mithin die Aufgabe zu, die beiden sich widersprechenden Grundsätze einer Kritik zu unterziehen, und sich entweder für den einen, oder den andern zu entscheiden. Diese Kritik selbst kann nur von dem Standpunkte allgemeiner Rechtsprincipien aus in Berücksichtigung des aus der Natur der Sache sich Ergebenden erfolgen, § 11—14. Die weitere Aufgabe ist sodann, den gewonnenen Standpunkt in seinen Consequenzen zu verfolgen. Diese Arbeit ist theils negativer, theils positiver Natur: negativer Natur, insofern es gilt, dasjenige auszuscheiden, was den reprobirten Grundsatz zur nothwendigen Voraussetzung hat, positiver Natur, insofern es auf den Aufbau der ganzen Lehre von dem gewonnenen Grundsatze aus in Beihalt derjenigen positiven Bestimmungen, welche nicht lediglich als Ausfluß des reprobirten Satzes erscheinen, wie in Beihalt des aus der Natur der Sache sich Ergebenden, ankommt, § 15 und 16.

§ 11.

Der Zwang schließt die Freiheit nicht aus.

Daß der Zwang, — in demjenigen Sinne, in welchem wir den fraglichen Begriff nehmen, der s. g. psychische Zwang — die Freiheit nicht ausschließt, ist jetzt insonderheit seit der trefflichen Darstellung von Savigny, System, Bd. III, S. 102 f. allgemein

anerkannt.[1] Freiheit ist die Möglichkeit der Wahl. Wenn man nun auch nicht immer sagen kann, daß der Bedrohte das angedrohte Uebel durch Widerstand abzuwehren im Stande war, in jedem Falle bleibt demselben die Wahl, das angedrohte Uebel über sich ergehen zu lassen, oder aber die Handlung, zu welcher er durch die Drohung bestimmt werden soll, vorzunehmen. Hat der Bedrohte das letztere gethan, also erklärt, ich trete die Erbschaft an, ich kaufe, verkaufe, schenke, so hat er dieses gewollt, da er die Freiheit hatte, es zu unterlassen.

Wir fragen: was hat er in solchem Falle gewollt? hat er blos die äußere Erklärung abgeben wollen „ich trete die Erbschaft an, ich kaufe ꝛc.", oder hat den dem Inhalte solcher Erklärung entsprechenden Willen gehabt? Möglich ist das Eine wie das Andere. Er konnte sich blos zur Abgabe der äußerlich dem Willen des Zwingenden entsprechenden Erktärung bequemen, ohne seinen Willen dem Inhalte dieser Erklärung zu conformiren, mithin lediglich eine Erklärung zum Scheine abgeben (die genügt dem angedrohten Uebel zu entgehen), er konnte aber auch wirklich

[1]) Die abweichende Ansicht von Kritz, Sammlung von Rechtsfällen, Bd. V. Leipzig 1845 S. 39—45, hat, soweit ich sehe, keine Anhänger gefunden. In der Regel ignorirt, ist sie von Manchen, z. B. von Wächter und Unger, als eine völlig unbegreifliche scharf getadelt. Mit Recht; das Unbegreifliche ist eben, daß Kritz bei der Begründung seines Widerspruchs zugiebt, — was er eben bestreiten will — daß dem Bedrohten die Wahl zusteht, dem Willen des Zwingenden sich zu fügen, oder das angedrohte Uebel über sich ergehen zu lassen. Will er die Möglichkeit dieser Wahl keine Freiheit nennen, so faßt er den Begriff der Freiheit anders auf, als v. Savigny und auch oben im Texte geschehen ist. Ein Streit aber über die Begriffsbestimmung der Freiheit ist hier unfruchtbar; es kommt darauf an: hat der Bedrohte, wenn er, sich dem Willen des Drohenden fügend, erklärt adeo hereditatem, diese Erklärung abgeben wollen. Dies ist auch von Kritz nicht bestritten und kann nicht bestritten werden, da der Bedrohte anders handeln konnte. Will ich unter Freiheit die Unabhängigkeit von fremden Einflüssen verstehen, so kann ich freilich von dieser Begriffsbestimmung aus dem Bedrohten keine Freiheit zuschreiben. — In dem S. 45 Anmerk. von ihm angeführten Falle liegt übrigens keine vis compulsiva, sondern eine vis absoluta vor.

sich zur Eingehung des vom Drohenden bezielten Rechtsgeschäfts, nicht blos zur Abgabe der Erklärung entschließen. Was der Bedrohte beabsichtigt, ist in der Regel an seiner Erklärung, welche in beiden Fällen dieselbe ist, nicht zu erkennen. — Sehen wir daher auf die äußere Handlung, so sagen wir: der Bedrohte hat die Wahl zwischen einem Zwiefachen. Er kann die vom Zwingenden bezielte Handlung unterlassen, und es darauf ankommen lassen, ob dieser seine Drohung ausführt, eventuell also das Uebel über sich ergehen lassen, er kann sich aber auch zu der bezielten Handlung bequemen. Sehen wir auf die innere Willensrichtung, so bietet sich ein Dreifaches seiner Wahl dar: er kann das Uebel über sich ergehen lassen, er kann sich blos äußerlich dem Willen des Zwingenden fügen, indem er blos die entsprechende Erklärung abgiebt, er kann endlich sich zur Eingehung des Rechtsgeschäfts — nicht blos zur Abgabe der betreffenden Erklärung entschließen. Mag er das Eine oder das Andere thun, die Erklärung ist jedenfalls eine gewollte, im ersteren Falle nur die Erklärung, im zweiten Falle auch das der Erklärung entsprechende Rechtsgeschäft. Ob die Erklärung für die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts an sich genügt ohne Rücksicht ob der Bedrohte den dem Inhalte entsprechenden Willen gehabt, darauf werden wir im § 13 näher eingehen. Wollte man selbst diese Frage bejahen, immer könnte man nicht in Abrede nehmen nicht blos, daß es möglich ist, daß der Bedrohte sich nur zur äußeren Erklärung entschlossen, sondern auch daß in den meisten Fällen sein Entschluß auf nichts weiteres als eben hierauf gerichtet sein wird, da ja die bloße Erklärung genügend ist, das angedrohte Uebel abzuwenden.

Aus dem Gesagten ergiebt sich zugleich, daß es völlig verkehrt ist, wenn man — wie seit der Zeit der Glossatoren fast immer geschehen ist — die durch Zwang veranlaßte Willenserklärung mit der durch Betrug hervorgerufenen zusammengestellt und beide Willenserklärungen als gleichartig betrachtet. Wer durch den dolus eines Andern zu einer Willenserklärung bestimmt wird, hat ohne Zweifel nicht nur die Erklärung gewollt, sondern auch den dem

Inhalt derselben entsprechenden Willen gehabt. Wo aber eine durch Drohung veranlaßte Erklärung vorliegt, da ist der Schluß von der Erklärung darauf, daß der Bedrohte wirklich den dem Inhalte entsprechenden Willen gehabt, mindestens ein keineswegs sicherer, und die Antwort auf die Frage, ob der Inhalt der Erklärung gewollt ist, kann nicht über ein non liquet hinausgehen. — So ist denn auch der Schluß in der betreffenden Ausführung von Savigny

„hat der Gezwungene nun den ersten dieser drei [2] Wege erwählt,

---

[2]) Als einen dieser Wege bezeichnet Savigny die Begegnung der Gewalt mit Gewalt von Seiten des Bedrohten, worüber oben. Abgesehen hiervon erkennt Savigny nur die Möglichkeit für den Bedrohten an, sich dem Willen des Drohenden zu fügen, oder das angedrohte Uebel über sich ergehen zu lassen, ohne daß er für den ersteren Fall die obige Unterscheidung macht. Nur a. a. O. S. 261 findet sich die Bemerkung:

„Ganz anders, wenn die Drohung angewendet wird, nicht um den Willen „selbst, sondern um das bloße Zeichen des Willens hervorzubringen, z. B. „wenn Einer durch Drohungen bestimmt wird, seinen Namen unter eine „Urkunde, die er nicht einmal gelesen hat, zu schreiben. Hier ist es ein„leuchtend, daß kein Wille vorhanden sein konnte, da er den Inhalt der „Urkunde nicht kannte, es war also das bloße Zeichen des Willens vor„handen, welches nicht den Zweck hatte, den Willen zu erklären, sondern „nur das angedrohte Uebel abzuwenden."

Wenn der Drohende selbst nur das äußere Zeichen des Willens erzwingen will, so ist klar, daß, wenn der Bedrohte sich fügt, sein Wille auch nur auf Abgabe eines äußeren Zeichens gerichtet sein kann, nicht auf den der äußeren Erklärung entsprechenden Inhalt. Zur Frage steht aber gerade der Fall, wo der Drohende von dem Bedrohten den Abschluß eines Rechtsgeschäfts verlangt, und der Letztere die entsprechende Erklärung abgiebt. — Ist hier nicht eben sowohl möglich, daß dieser sich blos zur äußeren Erklärung entschließt, ohne den dem Inhalte entsprechenden Willen zu haben, ja wird nicht dieses gerade der häufigste Fall sein, da die Erklärung, der nicht anzusehen ist, ob der Wille dem Inhalt derselben entspricht, zur Abwendung des Uebels genügt? Uebrigens darf man auch in dem von Savigny beregten Falle nicht sagen, „daß kein Wille vorhanden war". Der Wille war auf die äußere Erklärung gerichtet, so daß der fragliche Satz nur richtig ist, wenn man subintelligirt „kein dem Inhalte der Erklärung entsprechender Wille". — In diesem Sinne genommen, kann man aber auch für den Fall, daß der Bedrohte den Abschluß einen Rechtsgeschäfts verlangt, und der Bedrohte die bezügliche Erklärung abgiebt, nicht sagen, „es war der Wille vorhanden".

„so ist die Freiheit der Wahl, also seines Wollens wahrhaft vor„handen, und wir müssen das wirkliche, nicht blos „scheinbare, Dasein einer Willenserklärung, z. B. „eines Vertrags, mit allen daran geknüpften Rechts„wirkungen unbedenklich anerkennen"
nicht gerechtfertigt, wenn man nicht anders den Satz aufstellen will: die Erklärung ist eine gewollte, ob der Inhalt derselben dem wirklichen Willen entspricht, darauf kann es nicht ankommen — worüber in den folgenden §§. — Hier genügt es dargelegt zu haben, einestheils daß bei der vis compulsiva in jedem Falle die Erklärung eine gewollte ist, während im Falle der vis absoluta nicht einmal die Erklärung eine gewollte ist,[3] anderentheils daß ohne Weiteres aus der Erklärung auf den wirklich vorhandenen dem Inhalte derselben entsprechenden Willen nicht gefolgert werden kann.

§ 12.

Bei einem erzwungenen Rechtsgeschäfte ist die Zustimmung des Willens zum Inhalte der Erklärung so zweifelhaft, daß diese nicht als Ausdruck des Willens gelten kann.

1. Ausdrücklich und stillschweigende Willenserklärung. Feststellung des Begriffs. — Einfluß des Zwanges bei der stillschweigenden Willenserklärung.

Schon im vorigen § wurde bemerkt: bei einem erzwungenen Rechtsgeschäfte ist die Zustimmung des Willens zu dem Inhalte der Erklärung eine zweifelhafte. Ich sage jetzt, eine so zweifelhafte, daß die Erklärung gar nicht als Ausdruck des Willens gelten kann, woraus sich denn die Nichtigkeit erzwungener Rechtsgeschäfte ergiebt. Diese Behauptung zu begründen, ist die Aufgabe dieses wie der folgenden §§. Dabei ist von der Unterscheidung zwischen der ausdrücklichen und stillschweigenden Willenserklärung auszugehen, — vorerst aber gilt es, die fraglichen Begriffe bestimmter

---

[3]) Einer führt dem Andern mit Gewalt die Hand zur Unterschrift einer Urkunde — Savigny a. a. O. S. 100. 261. Anmerk. g.

festzustellen. Eine Uebereinstimmung hierüber ist keineswegs vorhanden,[1] wenn schon die Neueren **meistens** nach dem Vorgange Savigny's unter dem ersteren Ausdrucke eine Erklärung, die durch Mittel geschieht, die blos zu diesem Zwecke gebraucht werden, unter dem zweiten eine Erklärung durch Handlungen, die zugleich eine andere Bestimmung haben, begreifen. Das hier zu Grunde liegende richtige Moment wird in der folgenden Erörterung zur Geltung gebracht werden. Als ädaquater Ausdruck des mit jener Unterscheidung gemeinten Gegensatzes kann diese Begriffsbestimmung nicht gelten, da, um hier von Anderen abzusehen (vergl. Anmerk. 10), einestheils nicht zu erkennen ist, weshalb für die erstere Erklärung der Name „ausdrückliche", für die zweite die Bezeichnung „stillschweigende" gewählt worden, anderntheils aber die fragliche Unterscheidung zwischen Handlungen, die allein die Bestimmung haben als Kennzeichen des Willens zu dienen und die daneben selbstständige Zwecke verfolgen, nicht alle Fälle der Erklärung (die Erklärung „**durch bloßes Stillschweigen**") umfaßt, daher denn **nebenher** noch jener letzteren Art Erwähnung gethan wird, während doch der Gegensatz zwischen ausdrücklicher und stillschweigender Willenserklärung **alle** Fälle der Erklärung begreift, und in specie die Erklärung „durch bloßes Stillschweigen" als Unterart der sogenannten stillschweigenden Willenserklärung betrachtet werden muß.[2] Kaum ist aber irgend etwas im

---

[1]) Ueber diese Unterscheidung sind zu vergleichen Kori, über die stillschweigende Willenserklärung. Naumburg 1817. Glück's Commentar Bd. IV. S. 88 ff. Höpfner, Institutionen § 735. Göschen, Vorlesungen Bd. I. S. 273 ff. v. Savigny, System Bd. III. S. 242 ff. Sintenis, Civilrecht Bd. I. Leipzig 1844. S. 152. zweite Aufl. Leipzig 1860. S. 149 ff. Wächter, Privatrecht II. S. 734 ff. Arndts, Pandekten, 3. Aufl. S. 69. Unger, österr. Privatrecht II. § 85. S. 104 ff. u. A. Die ältere Literatur siehe besonders bei Kori. Die Schriften von Heyne, de voluntatis tacite patefactae et praesumtae vi atque indole 1840, und von Meyer, die Schrift in ihrer Bedeutung nach preußischem Rechte mit Rücksicht auf das Römische und gemeine, das österreichische und französische Recht 1855, kenne ich nicht.

[2]) Indirect erkennt auch Savigny dieses an. Nachdem er im § 131, den Gegensatz der ausdrücklichen und stillschweigenden Erklärung behandelt hat,

Gebiete der Rechtswissenschaft nothwendiger und zugleich schwieriger als ganz bestimmt und ganz scharf die Begriffe zu bestimmen, mit welchen operirt werden soll. In dieser Nothwendigkeit und Schwierigkeit liegt die Rechtfertigung für die nachstehende Abschweifung von dem eigentlichen Gegenstande der Aufgabe.

Wir gehen hier aus von allgemeineren Begriffen.

Die Thatsachen, mit denen das Privatrecht eine rechtliche Wirkung verbindet, d. h. welchen es einen Einfluß beilegt auf die Entstehung, Veränderung oder den Untergang von Rechtsverhältnissen (juristische Thatsachen), zerfallen in zwei große Massen — in Rechtsgeschäfte und Thatsachen, die keine Rechtsgeschäfte sind (Handlungen anderer Art, Zustände ꝛc.).

In den Fällen der letzteren Art setzt das Recht eine rechtliche Wirkung fest unabhängig von dem auf den rechtlichen Erfolg gerichteten Willen der Betheiligten. In den Fällen der ersteren Art erkennt es den Willen des Handelnden als rechtlich wirksam an.[3]

Ein Rechtsgeschäft ist nämlich eine Erklärung des auf einen

---

kommt er im § 132 auf die Erklärung durch bloßes Stillschweigen, und sagt hier S. 252:

> in diesen ausgenommenen Fällen wird das bloße Stillschweigen als Kennzeichen des wirklich vorhandenen Willens angesehen, gerade so wie bei der gewöhnlichen stillschweigenden Willenserklärung (§ 131) die positive Handlung.

Ihm fällt hiernach die Erklärung durch bloßes Stillschweigen zwar auch unter den Begriff der stillschweigenden Willenserklärung (im weiteren Sinne genommen). Aber die Definition der letzteren hindert ihn, das Gleichartige zusammenzustellen. Uebrigens gehen die Fälle der Erklärung durch bloßes Schweigen und der stillschweigenden Willenserklärung durch positive Handlungen ineinander über, indem zu dem bloßen Stillschweigen meistens wenigstens die Anwesenheit desjenigen, dessen Willenserklärung zur Frage steht, hinzukommen muß. Und schon deshalb ist die Zusammengehörigkeit beider nicht zu verkennen.

[3]) Es giebt Uebergänge von der ersten Classe von Rechtsgeschäften zu der zweiten, worüber zu vergleichen meine kritischen Bemerkungen zum Entwurfe eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches. Schwerin 1858. S. 76 ff.

rechtlichen Erfolg gerichteten Willens, welchen das Recht als wirksam anerkennt.

Die Auflösung des Begriffs in seine Bestandtheile ergiebt:

1. Der Wille des Handelnden ist bei einem Rechtsgeschäfte auf einen rechtlichen Erfolg, d. h. auf die Entstehung, Veränderung oder den Untergang eines Rechtsverhältnisses gerichtet.

2. Der Wille muß äußerlich erkennbar hervortreten, und zwar in derjenigen Form, welche das Recht vorschreibt. Regelmäßig genügt jede beliebige Form.

3. Der offenbarte auf den rechtlichen Erfolg gerichtete Wille ist das die Rechtsveränderung bedingende und zwar allein bedingende Moment. Wo auch ohne solchen Willen eine Rechtsveränderung eintritt, da liegt kein Rechtsgeschäft vor.[4] Ebenso wenig, wo zu dem Willen noch ein anderes Moment hinzutreten muß, welches nicht als diejenige Form zu betrachten ist, in welcher sich der Wille, um rechtlich wirksam zu sein, offenbaren muß.[5] In beiden Fällen liegt kein Rechtsgeschäft vor, im ersteren, weil

---

[4]) Wenn ich durch Verjährung ein Recht verliere, oder durch Beschädigung fremder Sachen mich verpflichte, so ist nicht undenkbar, daß mein Wille im ersteren Fall auf den Verlust des Rechts, im zweiten Falle auf die Begründung eines Anspruchs auf Entschädigung von Seiten des Beschädigten wider mich gerichtet war. Allein dieser Wille ist nicht das die Rechtsveränderung bedingende Moment, vielmehr bedeutungslos. Vergl. insbesondere die treffliche Erörterung von Wächter a. a. O. S. 634 ff. Dagegen ist z. B. die Dereliction und Occupation ein Rechtsgeschäft. In beiden Fällen ist der in der vom Recht hier vorgeschriebenen Form sich offenbarende Wille Grund der Rechtsveränderung, Wächter a. a. O.

[5]) Wenn ich fremde negotia gerire, so muß ich, um die contraria actio neg. gest. zu erwerben, die Absicht gehabt haben, einen Anspruch gegen den Dominus zu erhalten. Der Wille, ein Recht zu erwerben, ist also auch hier nothwendig, gleichwohl aber ist er nicht das die Rechtsveränderung allein bedingende Moment. Auch kann man nicht sagen, daß die Besorgung fremder Geschäfte nur als diejenige Form erscheint, in welcher sich der Wille offenbaren muß, dergestalt, daß der in der vorgeschriebenen Form sich äußernde Wille Grund der Rechtsveränderung wäre. Diese letztere Annahme ist schon deshalb eine unmögliche, weil die Besorgung fremder Geschäfte in der allerverschiedensten Weise stattfinden kann, es mithin hierfür keine besondere Form giebt.

hier der Wille nicht als das die Rechtsveränderung bedingende Moment, im zweiten als das die Rechtsveränderung allein bedingende Moment erscheint.

Auf die Offenbarung des Willens (vergl. sub 2) und zwar auf die regelmäßigen Fälle, wo besondere Formvorschriften nicht bestehen,[6] bezieht sich die Eintheilung in ausdrückliche und stillschweigende Willenserklärung.

Ausdrücklich heißt eine Erklärung des Willens in derjenigen Form, welcher die allgemeine Sitte und der allgemeine Gebrauch die Bestimmung zugewiesen hat, Ausdruck des innern Willens zu sein — die Erklärung in mündlicher Rede, in Schrift und in solchen Zeichen, die allgemein gebräuchlich und verständlich sind. In diesen Fällen erhält der innere Wille einen Ausdruck, der vorzugsweise als Ausdruck des innern Willens gilt — daher die Bezeichnung „ausdrückliche Erklärung".[7]

---

6) In einzelnen Fällen kann freilich auch bei formellen Rechtsgeschäften von dem Gegensatz einer ausdrücklichen und stillschweigenden Willenserklärung geredet werden. Eine nähere Erörterung dieses Punkts würde hier zu weit führen.

7) Die Bezeichnung „ausdrückliche und stillschweigende" Willenserklärung ist nicht etwa eine zufällige. Die Römischen Juristen reden von tacito consensu convenire im Gegensatz zum convenire *vel re*, vel per epistolam, vel per nuncium l. 2. pr. D. de pactis (2, 14). Das Wort *re* ist hier zu verstehen von einer ausdrücklichen und persönlichen Willenserklärung (vergl. Cujacius in seinem Commentar zu diesem Titel, edit. Paris 1617. tom. I. pag. 614). Die Basiliken geben die Stelle richtig wieder *συμφωνεῖ τις καὶ παρών* (vel re). Vergl. auch Glücks Commentar IV. S. 88. Es ist dem ganzen Zusammenhang ebenso zuwider, das re convenire zu identificiren mit tacito consensu convenire, als ohne allen Sinn, dabei an die Realcontracte zu denken. Ferner ist zu vergleichen die l. 56. D. de pactis (2, 14) *tacite* convenire l. 13. § 11. D. loc. cond. (19, 2) *taciturnitate* convenire. In einer anderen Stelle l. 15. D. ratam rem (46, 8) heißt es *actu* ratum haberi posse, in l. 37. pr. D. ad Sctum Trebell. (36, 1) consentire *re ipsa* im Gegensatz zu consentire *verbis*. Bemerkenswerth ist ferner die Stelle l. 52. § 9 u. 10. D. de O. et A. (44, 7) etiam nudus consensus sufficit obligationi, quamvis *verbis* hoc *exprimi* possit. Sed et nutu solo pleraque consistunt. Die ausdrückliche Willenserklärung wird hier als eine verbis *expressa* der stillschweigenden (nudus consensus) entgegengestellt. Wenn aber weiter die Erklärung durch Geberden als etwas von der ausdrücklichen Er-

Stillschweigend erfolgt die Erklärung, in welcher sich der innere Wille in anderer Weise erkennbar an den Tag legt. In dem Nichtvorhandensein des für die ausdrückliche Willenserklärung charakteristischen Moments besteht die Eigenthümlichkeit der stillschweigenden Erklärung. Will man ein positives Merkmal haben, so kann man sagen: wer ausdrücklich seinen Willen erklärt, redet die allgemeine Sprache, wer stillschweigend, redet in seiner besonderen Sprache, — Sprache im weitesten Sinne genommen, als Offenbarung des inneren Denkens und Wollens.

Betrachten wir jetzt näher

1. die ausdrückliche Erklärung.

a. Als Mittel, den innern Willen zu offenbaren, erscheint vorzugsweise die mündliche Rede und die Schrift. — Jede Erklärung durch Worte ist daher eine ausdrückliche.[8] Mehr oder minder redet Jeder seine besondere Sprache. Eine Erklärung durch Worte ist daher nicht blos dann eine ausdrückliche, wenn der Redende (Schreibende) denjenigen Sinn mit den Worten verbindet, der denselben nach der gemeinen Redeweise zukommt, sondern auch, wo etwa nur die besondern Verhältnisse des Redenden überhaupt ein Verständniß ergeben, oder aber aus diesen besondern Verhältnissen ein anderer Sinn sich hervorgiebt, als derjenige, den die gemeine Redeweise den Worten beilegt.

Inwiefern dennoch in einer Erklärung in Worten eine stillschweigende Willenserklärung liegen kann, werden wir sub 2. c zu zeigen haben.

b. Es giebt aber auch gewisse Handlungen (anderer Art als

---

klärung Verschiedenes hingestellt wird, so hat die Unterscheidung von der letzteren darin ihren Grund, weil hier nicht aller Fälle der ausdrücklichen Erklärung sondern blos der durch Worte geschehenden Erwähnung gethan ist. Die Erklärung durch Geberden wird zwar als etwas Verschiedenes von der Erklärung durch Worte hingestellt, beide werden aber in Gegensatz gebracht zu der stillschweigenden Erklärung, womit denn die Zusammengehörigkeit beider genugsam angedeutet ist. — Andere Stellen siehe bei Kori a. a. O.

[8]) Vergl. weiterhin im Texte sub 2. c.

mündliche oder schriftliche Aeußerungen), denen die allgemeine Sitte und der allgemeine Gebrauch die Bestimmung zugewiesen hat, zur Erklärung des Willens zu dienen, wie z. B. das Nicken mit dem Kopfe, welches die Stelle des „Ja", das Hindeuten mit der Hand, welches die nähere Bezeichnung des Gegenstandes, auf den hingewiesen wird, in Worten vertritt. Wo also ein Vertrag auf die Weise zu Stande kömmt, daß der eine Theil seine Einwilligung in die Offerte des Anderen durch ein Nicken des Kopfes ausdrückt, da hat der Vertragswille einen Ausdruck gefunden, der nach allgemeiner Sitte als solcher gilt, mit anderen Worten die Erklärung ist eine ausdrückliche. — Es liegt in der Natur der Sache, daß die allgemeine Sitte nur solchen Handlungen die Bestimmung zuweisen kann, zur Erklärung des Willens zu dienen, welche in einem concreten Falle regelmäßig keinen anderen selbstständigen Zweck haben können, als zur Erklärung des Willens zu dienen, indem widrigenfalls Zweifel über das Vorhandensein des Willens entstehen würden.[9]

---

[9]) Vielleicht kann man hierher blos das Hindeuten mit der Hand auf einen Gegenstand, das Nicken mit dem Kopfe und das Schütteln des Kopfes, endlich das Einschlagen in die dargereichte Hand (als Zeichen der Einwilligung) rechnen. Wenigstens wüßte ich keine andere Handlung, welcher die allgemeine Sitte die Bestimmung zugewiesen hat, zur Erklärung des Willens zu dienen.

Unrichtig und unlogisch ist es übrigens, wenn Manche nach dem Vorgange der Stelle l. 2. pr. D. de pactis (vergl. Anmerk. 7) die Erklärung durch einen nuncius als eine Art der ausdrücklichen Erklärung hinstellen. Es ist hier zu scheiden

a) die Erklärung, durch welche der Auftrag an den nuncius erfolgt, eine Botschaft zu überbringen: „sage dem N. N."

b) die dem nuncius aufgetragene Erklärung (sage dem N. N.), ich nehme seine Erklärung vom heutigen Tage an.

c) die Erklärung, welche der nuncius abgiebt.

Eine jede dieser Erklärungen kann eine ausdrückliche, aber auch eine stillschweigende sein. Für die Beantwortung der Frage, ob eine Erklärung durch einen *nuncius* als ausdrückliche oder stillschweigende zu betrachten ist, kommt es nicht auf die Punkte sub a und c, sondern lediglich auf die dem nuncius aufgetragene Erklärung (sub b) an. Mag diese auch regelmäßig, um ein Mißverständniß zu vermeiden, welchem Erklärungen

2. Der stillschweigenden Willenserklärung gehören folgende Fälle an:

a. Zunächst die Willenserklärung durch bloßes Stillschweigen.

b. Ferner durch Handlungen anderer Art als mündliche oder schriftliche Aeußerungen, insofern nicht eben die allgemeine Sitte denselben die Bestimmung gegeben hat, zur Erklärung des Willens zu dienen. In Gemäßheit der obigen Bemerkung (sub 1. b. in fine) sind dieses vornehmlich solche Handlungen, mittelst deren der Handelnde zugleich andere selbstständige Zwecke verfolgt.[10]

---

durch Boten leichter unterworfen sind, eine ausdrückliche sein, denkbar ist auch das Gegentheil. Man setze den Fall, A hat mich gebeten, ihm seine Schuld zu erlassen, ich habe ihn entlassen mit der Verheißung baldigen Bescheids und sage darauf zum B:

melden Sie dem A, ich habe den Schuldschein vernichtet,

der B richtet darauf die Botschaft aus. Hier liegt ohne Zweifel eine durch einen nuncius überbrachte stillschweigende Willenserklärung vor. Der Auftrag an den B war ausdrücklich, aber darauf kommt es, wie wir gesehen, nicht an. Die dem B aufgetragene Erklärung selbst „ich habe den Schuldschein vernichtet" erscheint nach der weiteren Ausführung im Texte sub 2. c als eine stillschweigende Willenserklärung.

Durch das Bemerkte rechtfertigt sich das obige Urtheil. Unrichtig ist die Annahme, daß die Erklärung durch einen nuncius stets eine ausdrückliche ist; unlogisch die Aufstellung derselben als einer besonderen Art und Weise der (ausdrücklichen) Willenserklärung.

[10]) Für die Beantwortung der Frage, ob in einer bestimmten Handlung, die nicht eine mündliche oder schriftliche Aeußerung ist, eine ausdrückliche oder stillschweigende Willenserklärung liegt, ist entscheidend allein das oben angegebene Kriterium: die Frage, ob die allgemeine Sitte solcher Handlung die Bestimmung gegeben hat, zur Offenbarung des Willens zu dienen, und man kann weiter nichts sagen, als was oben bemerkt, daß der Handelnde eben regelmäßig in dem einen Falle zugleich einen anderen selbstständigen Zweck verfolgt haben wird, in dem anderen nicht. Die Entscheidung kann auf das letztere Moment nicht gestellt werden. — Ist es vielleicht auch — was dahingestellt bleiben mag — nicht möglich, daß Jemand mit einer Handlung, welcher die allgemeine Sitte die Bestimmung gegeben, Erklärung des Willens zu sein, in einem concreten Falle (anders in abstracto) neben der Absicht, seinen Willen zu erklären, noch einen andern selbstständigen Zweck verfolgt, so ist doch jedenfalls sehr wohl denkbar, daß Jemand seinen Willen durch eine Handlung erklärt, die von der allgemeinen Sitte nicht als Mittel zur Erklärung des Willens gestempelt ist, ohne daß er

c. Es ist endlich auch möglich, daß in der mündlichen oder schriftlichen Rede eine stillschweigende Willenserklärung enthalten ist. Oben ist gesagt: jede Erklärung in Rede oder Schrift ist eine ausdrückliche und zwar selbst dann eine ausdrückliche, wenn ein Verständniß überhaupt, oder aber das richtige Verständniß erst aus den besonderen Umständen des Falles gewonnen werden kann. Es gilt dieses aber nur bezüglich des Sinnes, der nach der Intention des Redenden (Schreibenden) unmittelbar aus den Worten sich ergeben soll. Es ist nun aber möglich, daß die unmittelbar in den Worten enthaltene Erklärung (sei es eine Willenserklärung, oder eine Erklärung anderer Art) selbst wiederum unter den besonderen Umständen des concreten Falls als Mittel dienen soll zur Offenbarung eines anderen Willens. Wo dieses der Fall ist, liegt bezüglich dieses letzteren Willens eine stillschweigende Erklärung vor, weil sie nicht unmittelbar durch Worte geschehen ist, sondern durch die in den Worten enthaltene Erklärung. — Wenn ich meinem Schuldner, der mich vor längerer Zeit ersucht hat, ihm

---

mit solcher Handlung in concreto einen anderen Zweck verfolgt, als den, seinen Willen zu offenbaren, sei es nun, daß die Handlung einen anderen Zweck überhaupt nicht haben kann (Fälle solcher Handlungen, die keinen selbstständigen Zweck haben können, in concreto aber zur Offenbarung des Willens unter den besonderen Umständen dienen, ohne von der allgemeinen Sitte diese Bestimmung erhalten zu haben, lassen sich denken), sei es, daß die Handlung einen anderen Zweck nach der Intention des Handelnden nicht hat. Will man also die als Kriterium verworfene Unterscheidung als solches Kriterium betrachten, so würde man bei Feststellung des Gegensatzes zwischen ausdrücklicher und stillschweigender Willenserklärung auf ein Innerliches hingeführt werden, was offenbar unzulässig ist. — Noch weniger ist es aber der Sache entsprechend, das Kriterium zu Grunde zu legen, ob eine Handlung *in abstracto* einen anderen selbstständigen Zweck haben kann, und wenn dieses nicht der Fall ist, eine ausdrückliche, wenn es der Fall ist, eine stillschweigende Willenserklärung zu statuiren. Denn ist es klar, daß auch mit dem Nicken des Kopfes, mit dem Berühren einer Sache, mit dem Ausstrecken der Hand, mit dem Hinreichen der Hand *in abstracto* ein anderer Zweck verbunden sein kann, als zur Erklärung des Willens zu dienen, — lauter Fälle, welche unzweifelhaft der ausdrücklichen Willenserklärung angehören, und auch als solche im R. R. betrachtet werden.

die Schuld zu erlassen, damals aber einen bestimmten Bescheid nicht erhalten hatte, erkläre, die Schuldverschreibung habe ich vernichtet, so beabsichtige ich zunächst demselben diejenige Mittheilung zu machen, die aus den Worten unmittelbar sich ergiebt, daß ich den Schuldschein vernichtet habe — und insofern liegt eine ausdrückliche Erklärung (keine ausdrückliche Willenserklärung) vor. Zugleich aber offenbare ich ihm durch das Medium dieser Erklärung meinen Willen, ihm die Schuld zu erlassen, gleichviel, ob ich wirklich den Schuldschein vernichtet habe (in welchem Falle nicht in der Vernichtung der Erlaß zu suchen wäre, der doch nur vertragsmäßig geschehen kann) oder nicht. — Diese Willenserklärung ist sonach eine stillschweigende, die Worte enthalten die Mittheilung einer Thatsache, und in dieser Mittheilung, die eben so gut dadurch geschehen konnte, daß ich meinem Schuldner, ohne ein Wort zu reden, den zerrissenen Schein vorzeige, liegt die Willenserklärung. — Wenn ich, nachdem mir die Erbschaft des A deferirt worden, dem Schuldner des A erkläre „ich will dir die Schuld erlassen", so liegt in diesen Worten eine ausdrückliche Willenserklärung, dahin gehend, die Schuld zu erlassen. Aber die fragliche Erklärung erscheint zugleich als eine Handlung von meiner Seite, in der ich meinen Willen offenbare, die Erbschaft anzutreten, und somit liegt in den fraglichen Worten neben einer ausdrücklichen Willenserklärung eine stillschweigende. Will man genau reden, so muß man im ersteren Falle sagen:

in den Worten liegt die (ausdrückliche) Erklärung, den Schuldschein habe ich vernichtet,

und in dieser Mittheilung die (stillschweigende) Willenserklärung, die Schuld will ich erlassen.

im zweiten Fall:

in den Worten liegt die (ausdrückliche) Willenserklärung, die Schuld erlasse ich,

und in dieser Handlung die (stillschweigende) Willenserklärung, die Erbschaft trete ich an.

Soviel zur Richtigstellung der Begriffe „ausdrückliche und stillschweigende Willenserklärung".

Es muß hier aber auf einen wichtigen Unterschied in Ansehung der stillschweigenden Willenserklärung hingewiesen werden.

1. Regelmäßig ist es Sache der freien richterlichen Prüfung, ob in einer Handlung resp. dem Schweigen ein Willenserklärung zu finden ist.

Es giebt aber auch Fälle, wo ein Rechtssatz die richterliche Prüfung beschränkt.

2. Die geringste Beschränkung liegt vor, wenn der Rechtssatz seinem Sinne nach dahin geht:

> in bestimmten positiven Handlungen wie in dem Schweigen unter bestimmten Umständen soll eine bestimmte Willenserklärung gefunden werden, sofern nicht besondere in dem concreten Falle gegebene Momente einen anderen Erklärungsgrund für die positive Handlung, resp. das Schweigen enthalten.

In diese Kategorie gehören mehrere von den bei Savigny III, § 131. S. 246 ff. erwähnten Fälle der stillschweigenden Willenserklärung. Im Einzelnen kann freilich sehr zweifelhaft sein, wohin ein Fall zu stellen ist, ob wirklich in den bezüglichen Stellen ein Rechtssatz hat ausgesprochen werden sollen, oder ob nur eine unverbindliche Interpretation eines Römischen Juristen vorliegt. Der Unterschied selbst kann nicht weggeläugnet werden,[11] wenn

---

[11]) In dem einen Falle, wo ein Rechtssatz eingreift, hat der Richter in einem vorliegenden Falle nur zu prüfen, ob in einem concreten Falle Momente gegeben sind, welche für die zur Frage stehenden Handlung eine andere genügende Erklärung als die in der Annahme des Willens liegende enthalten. Sind keine solchen Momente vorhanden, so muß nun nach gesetzlicher Vorschrift die Handlung als eine Willenserklärung gelten, ohne daß es von Interesse ist, Data zu ermitteln, die positiv auf den vorhandenen Willen hinweisen — eine Prüfung, die nur wichtig werden kann, wenn andererseits solche Thatumstände vorliegen würden, die einen anderen Erklärungsgrund abgeben könnten, zur Beseitigung des Gewichts derselben. — Verschieden ist die richterliche Prüfung in dem Falle, wo kein Rechtssatz der beregten Art eingreift. Es kommt hier wesentlich darauf an, nach solchen positiven Momenten zu suchen, die auf den vorhandenen Willen hinführen.

schon derselbe bisher nicht beachtet worden ist. So z. B. beruht es auf einer Verkennung dieses Unterschieds, wenn Savigny bemerkt, daß alle die Fälle, wo in den Quellen das Schweigen als eine Einwilligung erklärt werde, eine ganz positive Natur haben, und es unzulässig sei, diese Ausnahmen durch Aufnahme anderer ähnlicher Fälle vermehren zu wollen. Richtig ist diese Behauptung in Ansehung der zweiten Classe, unrichtig aber sofern damit ausgesprochen werden soll, daß der Richter über diese Fälle hinaus niemals in dem bloßen Schweigen eine Erklärung finden dürfe.[12]

3. Das Recht kann aber noch weiter gehen und vorschreiben, daß in einer bestimmten Handlung, resp. dem Schweigen unter bestimmten Umständen, ohne alle Rücksicht darauf, ob jene Handlung oder das Schweigen einen andern Erklärungsgrund hat, eine Willenserklärung liegen solle (vergl. die Fälle bei Savigny § 133). Wenn nun schon hier meistens eine gewisse Wahrscheinlichkeit für den wirklichen Willen vorliegt, so wird doch ohne Rücksicht auf denselben mit der Thatsache dieselbe rechtliche Wirkung verbunden, als wenn jener Wille vorhanden gewesen wäre. Diese Fälle scheiden wir aber hier aus, da es sich nicht mehr um die Erforschung des wirklichen Willens handelt. Doch muß noch zu schärferer Abgrenzung der Fälle dieser Art von der sub 2. beregten Art auf einen Unterschied in den Fällen dieser dritten Classe hingewiesen werden, darin bestehend, daß entweder die Offenbarung eines bestimmt entgegenstehenden Willens Beachtung findet, oder nicht. Der letztere Fall gehört gar nicht mehr zu den Willenserklärungen, vielmehr wird hier mit einer Thatsache anderer Art ein rechtlicher Erfolg verbunden. Der erstere Fall gehört den Uebergängen von einer Classe von Rechtsvorschriften zu der andern an, deren in Anmerk. 3 gedacht ist. Stellen wir nun die Fälle dieser Art mit den Fällen sub 2. zusammen, so tritt ein Unterschied darin hervor, daß es bei den sub 2. gedachten der Offenbarung eines bestimmt entgegenstehenden Willens nicht bedarf, viel mehr solche

---

[12]) Ueber einen Fall dieser Art vergl. den Text zur Anm. 14.

Momente, welche einen anderen Erklärungsgrund für die positive Handlung oder das Schweigen abgeben, vollkommen genügen, um die Annahme des Willens auszuschließen. Wo z. B. die Besorgung erbschaftlicher Geschäfte in dem Pietätsverhältnisse des zum Erben Berufenen zum Erblasser ihren Erklärungsgrund findet, kann der Wille, die Erbschaft erwerben zu wollen, nicht als vorhanden angenommen werden, wohingegen es anders steht in den bei Savigny § 133. gedachten Fällen.

Halten wir nun die ausdrückliche Willenserklärung mit der **ersten** Classe der stillschweigenden Erklärung zusammen, so ist unverkennbar, daß die Annahme des auf Eingehung eines Rechtsgeschäfts gerichteten Willens in der Regel dort weit unbedenklicher ist als hier. Es bedarf hier der eingehendsten und sorgfältigsten Prüfung aller die Handlung (resp. das Schweigen) begleitender Umstände. Des Näheren lassen sich keine Regeln für die Auslegung aufstellen. Nur so viel ist klar, daß, wo in den Umständen des concreten Falles ein anderer genügender Erklärungsgrund für die in Rede stehende Handlung gegeben ist, als die Annahme des Willens, diese Annahme ausgeschlossen ist, wo sie sonst gerechtfertigt sein würde. Und so unterliegt keinem Bedenken, daß, wenn eine Handlung erzwungen worden, der Schluß auf den Willen, der sonst wohlbegründet sein mag, durch die Thatsache des Zwanges, die einen genügenden Erklärungsgrund darbietet, entkräftet wird.

In den Fällen der **zweiten** Classe der stillschweigenden Willenserklärnng ist die richterliche Prüfung freilich in soweit beschränkt, als wenn keine Momente vorliegen, die einen genügenden Erklärungsgrund für die zur Rede stehende positive Handlung (resp. das Schweigen) involviren, dieselbe als Ausdruck des Willens gelten muß. Aber in der Prüfung, ob Thatsachen vorhanden sind, die eine genügende Erklärung der zur Rede stehenden Handlung enthalten, in dieser Prüfung ist keinerlei Beschränkung gegeben, und so wird auch hier dasselbe wie bei der ersten Classe gelten müssen: der angewandte Zwang involvirt einen genügenden

Erklärungsgrund, dergestalt daß die in Frage stehende Handlung nicht als Offenbarung des Willens mit Sicherheit betrachtet werden kann. Ob diejenigen Requisite der Drohung, die wir im ersten Abschnitt kennen gelernt haben, vorliegen, darauf kommt es hier nicht an — und noch weniger in den Fällen der ersten Classe der stillschweigenden Willenserklärung.

Alles dieses ergiebt sich aus der Natur der Sache mit solcher Bestimmtheit, daß es einer quellenmäßigen Begründung nicht bedarf. Gleichwohl mag hier auf eine Stelle eingegangen werden, welche eine Bestätigung des Gesagten enthält. In der l. 1. § 1. D. de auct. et cons. tut. et cur. (26, 8) heißt es:

> Tutor si invitus retentus sit per vim, non valet quod agitur, neque enim praesentia corporis sufficit ad auctoritatem, ut si somno aut morbo comitiali occupatus tacuisset.

Auszugehen ist davon: für Interposition der Auctoritas sind keine solennen Worte vorgeschrieben, sie kann auch stillschweigend erfolgen.[13] Wenn nun auch regelmäßig in der bloßen Gegenwart des Tutors eine solche stillschweigende auctoritatis interpositio liegt, so kann doch die Anwesenheit dann nicht als Willens-

---

[13]) Vergl. Puchta, Institutionen Thl. III, S. 200. Christiansen, Institutionen. Altona 1843, S. 649. — Der öfter ausgesprochenen „Behauptung", „der Vormund müsse seine Zustimmung in ausdrücklicher mündlicher „Rede geben" (vergl. Rudorff, Vormundschaft. Berlin 1833, Bd. II, S. 315) steht, abgesehen von der obigen Stelle die lex 9. § 6. D. 26, 8: etiam si non exaudiat tutoris auctoritatem is, qui cum pupillo contrahit, scriptis tamen hoc approbetur, recte negotium geritur *veluti si absenti pupillo per epistolam vendam aliquid aut locem et is tutoris auctoritate consentiat*, aufs Bestimmteste entgegen. Und worauf gründet sich jene Behauptung? Lediglich auf eine Stelle, in welcher die Unfähigkeit eines Tauben und Stummen zur Uebernahme einer Vormundschaft ausgesprochen, und als Grund angegeben wird, quoniam auctoritatem praebere non potest l. 1. § 2. und 3. D. de tut. (26, 1) — ein Rechtssatz und ein Grund, welche vollkommen erklärlich sind, wenn man an die Unfähigkeit in den Fällen des gewöhnlichen Lebens denkt, wo man Schreibmaterial nicht zur Hand hat.

erklärung gelten, wenn für dieselbe in dem angewandten Zwange ein anderer vollkommen ausreichender Erklärungsgrund gegeben ist.[14]

§ 13.

Bei einem erzwungenem Rechtsgeschäfte ist die Zustimmung des Willens zum Inhalte der Erklärung so zweifelhaft, daß diese nicht als Ausdruck des Willens gelten kann.

Ausdrückliche Willenserklärung.

Der Fall, den wir jetzt näher zu betrachten haben, ist der einer ausdrücklichen Willenserklärung. Als das regelmäßige und naturgemäße Verhältniß ist die Uebereinstimmung des inneren Willens mit dem Inhalte der Erklärung zu denken. Es giebt aber Ausnahmen, und zwar von zweierlei Art:

der Wille ist nicht einmal auf die Erklärung gerichtet,

der Wille ist zwar auf die Erklärung gerichtet, nicht aber auf den Inhalt derselben.

Die Fälle der ersteren Art, wohin z. B. eine im Zustande geistiger Störung, oder vollständiger Trunkenheit u. s. w. abgegebene Erklärung gehört, ebenso der Fall, wenn Jemand die Hand eines Andern gewaltsam zur Unterschrift einer Urkunde führt, scheiden von unserer Betrachtung aus. Wir haben es lediglich mit der zweiten Art zu thun, wo der Wille gerichtet ist auf die Abgabe der Erklärung, d. h. auf das Aussprechen derjenigen Worte, die nach allgemeiner Sitte als Zeichen des Willens dienen, es aber gleichwohl an dem mit dem Inhalte der Erklärung übereinstimmenden Willen fehlt.

Auch hier ist folgende Unterscheidung zu machen: der Handelnde

---

14) Welche von den verschiedenen Arten der stillschweigenden Willenserklärung liegt hier vor? Sicher nicht diejenige, wo die Prüfung, ob die Umstände des concreten Falles eine Willenserklärung enthalten, durch einen Rechtssatz beschränkt ist, vielmehr nur diejenige Art, von der im Texte S. 109 sub 1 die Rede gewesen. Und zwar eine Erklärung „durch bloßes Stillschweigen", mithin ein Fall der Art, von welcher oben im Texte zu Anmerkung 12 die Rede gewesen ist.

ist sich bewußt, daß seine Erklärung mit den Worten in Widerspruch befangen ist, oder er ist sich des Widerspruchs nicht bewußt. Der zweite Fall — nur denkbar bei einem Irrthum über die wesentlichen Gegenstände des Rechtsgeschäfts — scheidet gleichfalls aus. Wir betrachten nur die Fälle, wo zwar der Wille auf die Erklärung gerichtet ist, der Inhalt derselben aber — dem Handelnden bewußt — in Widerspruch mit dessen Willen steht.

Hier ist nun vor Allem daran festzuhalten: die Rechtsordnung beruht auf der Zuverlässigkeit derjenigen Zeichen, welche der allgemeine Gebrauch und die allgemeine Sitte zur Erklärung des Willens bestimmt hat. Der blos innerlich gebliebene Widerspruch zwischen dem Willen und der Erklärung darf demzufolge keine Beachtung finden, vielmehr ist erforderlich, daß die äußeren Umstände, welche der Erklärung vorausgehen oder sie begleiten, so beschaffen sind, daß sie die Kraft und Bedeutung der Willenserklärung aufheben, dergestalt, daß man sagen muß, unter diesen Umständen kann aus der Erklärung nicht auf den derselben entsprechenden Willen gefolgert werden. Auf diesen Punkt werden wir weiterhin noch zurückkommen; vorerst ist noch einer weiteren Beschränkung Erwähnung zu thun.

Der Willenserklärung gegenüber ist es Sache des Handelnden, sich im Wege der Einrede,[1] auf solche Momente zu berufen, welche derselben ihre Kraft und Bedeutung nehmen: diese Berufung ist ausgeschlossen, wo das Geltendmachen derselben eine Unsittlichkeit involvirt. Daher kann der Widerspruch zwischen dem Willen und der Erklärung in dem Falle, wo Jemand vor Zeugen die Erklärung abgegeben hatte, daß er den Willen nicht habe, sondern blos zum Schein handle, nicht berücksichtigt werden. In der Regel ist demnach die Berufung auf den Mangel des Willens nur da zulässig, wo die Umstände, welche

---

[1]) Einrede nicht exceptio, und zwar Einrede „wider die Entstehung eines Rechts" vergl. Wächter, Privatrecht, Bd. II, S. 494 und meine Schrift, Haftung des Cedenten, Rostock 1850, S. 68 f., Anmerkung 71, sub I, 1 c. Das Nähere im § 16 sub II.

der Willenserklärung ihre Kraft und Bedeutung nehmen, Denjenigen, mit welchen ein zweiseitiges Rechtsgeschäft (äußerlich) abgeschlossen ist, erkennbar waren, weil im entgegengesetzten Falle regelmäßig die Berufung auf jenen Umstand eine Unsittlichkeit involviren wird. Aber als Grundsatz können wir nicht mit Savigny aufstellen,[2] daß ein Widerspruch zwischen dem Willen und der Erklärung schlechthin nur dann angenommen werden darf, wenn er für den, welcher mit dem Handelnden in unmittelbare Berührung kommt, erkennbar wird. Aus dem an die Spitze gestellten Satze, die Rechtsordnung beruht auf der Zuverlässigkeit derjenigen Zeichen, denen die allgemeine Sitte die Bestimmung zugewiesen hat, zur Erklärung des Willens zu dienen, ergiebt sich nichts weiter, als daß der Widerspruch nur Beachtung finden kann, wo äußerlich erkennbar solche Umstände hervortreten, welche die Bedeutung der Erklärung wiederum aufheben; die weitere Beschränkung, daß die Berufung auf jene Momente keine Unsittlichkeit involviren darf, rechtfertigt sich aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Daß aber in jedem Falle, wo ein zweiseitiges Rechtsgeschäft vorliegt, jene Umstände für Denjenigen erkennbar sein müssen, mit dem dieses Rechtsgeschäft geschlossen, damit der Widerspruch Berücksichtigung finden könne, läßt sich aus allgemeinen Grundsätzen nicht deduciren, wenn schon zugegeben werden muß, daß die Berufung auf den Widerspruch in der Regel aus einem anderen Grunde — weil sie eben eine Unsittlichkeit involviren würde — da ausgeschlossen ist, wo dieses nicht der Fall war. Es giebt aber Fälle, — weiterhin werden wir solche kennen lernen (vgl. § 14, den Text zu der Anmerk. 2) — wo jene Berufung auch statthaft ist, obschon das von Savigny aufgestellte Erforderniß nicht vorhanden ist.[3]

---

2) System, Bd. III, S. 259.

3) Es kommt noch Folgendes hinzu: Die Worte bei Savigny „mit dem der Handelnde in unmittelbare Berührung kommt", sind unklar. Bei einem zweiseitigen Rechtsgeschäfte kann hier nur an denjenigen gedacht sein, mit welchem das Rechtsgeschäft äußerlich abgeschlossen ist (ich sage äußerlich, denn in

Was oben gesagt ist, der blos innerlich gebliebene Widerspruch zwischen dem Willen und der Erklärung kann keine Beachtung verdienen, vielmehr sei erforderlich, daß die äußeren Umstände, welche der Erklärung voraufgehen oder sie begleiten, der **Art sind, daß sie die Kraft und Bedeutung der Willenserklärung aufheben,** dergestalt daß man sagen müsse, unter diesen Umständen kann aus der Erklärung nicht auf den dem Inhalte derselben entsprechenden Willen geschlossen werden, bedarf jetzt noch einer näheren Begründung. Man könnte nämlich versucht sein, zur Annahme eines Widerspruchs zwischen dem Willen und der Erklärung noch mehr zu verlangen, und den Satz aufzustellen, um einen Widerspruch zu statuiren, sei nicht genügend, daß äußere Momente vorliegen, welche die Bedeutung der Erklärung für die Annahme des Willens aufheben, sondern es müssen Momente vorhanden sein, die positiv darauf hinweisen, daß der Handelnde einen der Erklärung entgegengesetzten Willen gehabt. Allein bei näherer Betrachtung müssen wir diese Aufstellung zurückweisen. — Momente der ersten Art ergeben, indem sie das Gewicht der Erklärung entkräften, bezüglich der Frage nach dem vor-

---

einem Falle der gedachten Art ist eben ein Rechtsgeschäft in Wirklichkeit nicht zu Staude gekommen). Aber wie bei einer einseitigen Willenserklärung, z. B. bei dem Antritte einer Erbschaft? — Für wen sollen hier die Umstände der oben beregten Art erkennbar geworden sein? Für denjenigen, in dessen Gegenwart die bezügliche Erklärung erfolgt ist? — Zu dieser Annahme liegt doch wohl kein Grund vor, und wollte man sie aufstellen, so würde die Frage entstehen, ob, wenn die Erklärung in Gegenwart mehrerer Personen erfolgt, genügend ist, daß jene Umstände einem einzigen erkennbar waren. — Oder will man sagen: **„erkennbar für Denjenigen, der aus solcher einseitigen Erklärung ein Recht gewinnt?“** Die Analogie eines zweiseitigen Rechtsgeschäfts möchte vielleicht hierfür sprechen, aber wie sich dort, so läßt sich auch hier theoretisch jene Annahme nicht rechtfertigen; hier kommt noch hinzu, daß man sofort in's Gedränge geräth, wenn mehrere Personen aus der bezüglichen Erklärung ein Recht ableiten, z. B. alle Gläubiger des Erblassers aus einem Erbschaftsantritt. Was soll in solchen Fällen gelten: will man eine Erkennbarkeit für alle fordern, oder die Erkennbarkeit für einen einzigen genügend halten?

handenen Willen ein non liquet, und dieses non liquet reicht hin, die Annahme des Willens auszuschließen. Es ist Sache dessen, der aus einem Rechtsgeschäfte ein Recht ableitet, Thatsachen anzuführen, die den Abschluß des Rechtsgeschäfts enthalten; lassen diese Thatsachen es zweifelhaft, ob darin eine Willenserklärung zu finden ist, so kann auch der Richter eine solche nicht annehmen, und ganz gleich in dieser Hinsicht ist es, ob aus dem eigenen Anführen des Klägers (wir mögen hier den, der aus einem Rechtsgeschäfte ein Recht ableitet, als Kläger denken) ein non liquet rücksichtlich jener Frage sich ergiebt, oder ob die vom Beklagten angeführten Momente die Kraft und Bedeutung der vom Kläger angezogenen Facta wiederum aufheben. Das Resultat, non liquet, steht ganz gleich mit dem Ergebniß des Nichtvorhandenseins eines Rechtsgeschäfts. — Ja selbst in dem Falle, wenn aus den Umständen hervorgeht, daß Jemand nur scherzweise Worte ausgesprochen, die an sich als Willenserklärung erscheinen — selbst in einem solchen Falle sind keine Momente gegeben, die positiv das Nichtvorhandensein des Willens bekundeten, sondern nur Momente, welche die Bedeutung jener Worte für die Annahme des dem Inhalte entsprechenden Willens beseitigen, so daß Derjenige, welcher Ersteres für erforderlich hielte, hier eine rechtsverbindliche Willenserklärung statuiren müßte.

Das Gesagte wird noch klarer, wenn man die ausdrückliche Willenserklärung mit der stillschweigenden zusammengestellt — und zwar zunächst mit der ersten Classe derselben, wo die Prüfung durch keinen Rechtssatz beschränkt ist (vergl. §12 Seite 109 sub 1). Man muß, um beide Fälle mit einander vergleichen zu können, den letzteren so denken, daß auf der einen Seite Thatsachen vorliegen, die den Schluß auf die Annahme des Willens rechtfertigen. Welcher Unterschied ist hier zwischen der ausdrücklichen und stillschweigenden Willenserklärung vorhanden? Bei beiden bedarf es, um die Annahme des Willens auszuschließen, solcher Momente, welche die Bedeutung und das Gewicht, welches die vorliegenden Thatsachen für die Annahme des Willens haben, — in dem einen

Falle, die ausdrückliche Erklärung, in dem zweiten andere Facta, die einen Schluß auf den Willen gestatten — wiederum zerstören. Nur darin ist ein Unterschied gegeben, daß die Momente, welche die Bedeutung der ausdrücklichen Erklärung für die Annahme des dem Inhalte derselben entsprechenden Willens vernichten sollen, von einem ungleich größeren Gewicht sein müssen, als wir zur Aufhebung der Bedeutung derjenigen Thatsachen verlangen, in denen an sich eine stillschweigende Willenserklärung gefunden werden könnte. Denn einmal hat die ausdrückliche Erklärung an und für sich schon eine viel größere Bedeutung für die Annahme des derselben entsprechenden Willens, so daß schon hiernach das oben Gesagte sich vollkommen rechtfertigt. Sodann aber liegt bei der ausdrücklichen Erklärung in Fällen, wo die Bedeutung derselben für die Annahme des Willens durch bestimmte Thatsachen entkräftet wird, ein Widerspruch zwischem dem Willen und der Erklärung vor, wovon bei Thatsachen, die an sich als stillschweigende Willenserklärung betrachtet werden könnten, keine Rede ist. — Eine größere Verwandtschaft bietet die zweite Classe der stillschweigenden Willenserklärung dar (vergl. § 12. Seite 109 sub 2). An die Stelle der allgemeinen Sitte, die bei der ausdrücklichen Erklärung die Zeichen (Worte, Schrift rc.) zum Mittel für die Offenbarung des Willens gestempelt hat, tritt hier die rechtliche Vorschrift, die ihrem Sinne nach so lautet: eine bestimmte Handlung (resp. das Schweigen unter bestimmten Umständen) enthält eine Willenserklärung, so fern nicht besondere in dem concreten Falle gegebene Momente einen anderen Erklärungsgrund für jenes Handeln (resp. das Schweigen) darbieten. Aber auch hier ist klar, daß diese Momente, um die Annahme des Willens auszuschließen, nicht von dem Gewicht zu sein brauchen, wie bei einer ausdrücklichen Erklärung, weil, wenn in jenem Falle der Wille nicht vorhanden ist, kein Widerspruch zwischen dem Willen und der Erklärung, in diesem Falle aber ein solcher Widerspruch existirt.

So liegt denn in der beregten Beziehung zwar ein Unterschied bei der ausdrücklichen und stillschweigenden Erklärung vor, aber

kein principieller. — Diejenigen Momente, welche bei der ausdrücklichen Willenserklärung die Bedeutung derselben für die Annahme des dem Inhalte entsprechenden Willens aufheben sollen, müssen nur von ungleich größerer Bedeutung sein, als hinreichend sind, um bei Thatsachen, die an sich eine stillschweigende Willenserklärung enthalten würden, die Annahme des Willens auszuschließen. — Wollte man bei einer ausdrücklichen Erklärung den Satz aufstellen, ein Widerspruch zwischen Wille und Erklärung kann nur dann statuirt werden, wenn sich aus den obwaltenden Umständen positiv ergiebt, daß der Handelnde das Rechtsgeschäft nicht gewollt hat, so würde man der Erklärung eine selbstständige Kraft dem Willen gegenüber geben, während sie in Wahrheit nur als Offenbarung des Willens eine Bedeutung hat, und die ausdrückliche Erklärung in Eine Reihe stellen mit denjenigen Fällen der stillschweigenden Willenserklärung, die wir im § 12. Seite 110 sub 3. kennen gelernt haben, welche aber im Grunde gar nicht mehr der Willenserklärung angehören, indem mit einer Thatsache schlechthin die Annahme eines bestimmten Willens ohne Rücksicht auf den wirklich vorhandenen Willen verbunden wird, mit anderen Worten: wir würden zu einem Formalismus gelangen, der, weiter getrieben, zu dem Satze führen müßte, selbst die positive Offenbarung eines entgegenstehenden Willens findet einer ausdrücklichen Willenserklärung gegenüber keine Beachtung. Hält man aber fest, daß der Willenserklärung an sich keine selbstständige Bedeutung zukommt, sondern ihre alleinige Bedeutung nur die ist, Offenbarung des Willens zu sein, dann muß man auch anerkennen: es genügt zur Annahme eines Widerspruchs zwischen dem Willen und der Erklärung, wenn Momente vorliegen, welche die Bedeutung der Erklärung für die Annahme des entsprechenden Willens wiederum aufheben, dergestalt daß bezüglich der Frage nach dem Willen der Ausspruch non liquet begründet ist.

Treten wir aus dem Gebiete der Abstractionen heraus, und gehen bestimmt auf die Frage ein, um welche es sich hier handelt, nach dem Einflusse der Drohung. Wir haben diese Frage nach

dem Vorbemerkten dahin zu stellen: ist der Umstand, daß eine ausdrückliche Erklärung durch Drohungen veranlaßt worden, als ein solches Moment zu betrachten, welches die Bedeutung der Erklärung für die Annahme des dem Inhalte derselben entsprechenden Willens wiederum aufhebt? So ist die Frage zu stellen, und dieselbe wenigstens in denjenigen Fällen zu bejahen, wo die Drohung, wie fast immer (vergl. § 4. Seite 28), momentaner Natur ist, d. h. wo die Ausführung derselben augenblicklich zu erwarten steht. Denn hier reicht eben die bloße Erklärung, der nicht anzusehen ist, ob sie ernstlich gemeint ist oder nicht, vollkommen hin, um das angedrohte Uebel abzuwenden, wie denn auch in den meisten Fällen der Bedrohte sich schwerlich zu etwas weiterem, als eben zur Abgabe der Erklärung entschlossen haben wird (vergl. oben Seite 97). Es ergiebt sich hiernach rücksichtlich der Frage nach dem vorhandenen Willen ein non liquet, da für die äußere Erklärung ein vollkommen ausreichender Erklärungsgrund in der Drohung vorliegt, die Drohung mithin die Bedeutung, welche der Erklärung sonst für die Annahme des Willens zukommt, zerstört. Es ist nach dem oben Bemerkten Sache des Beklagten sich (wenn wir den Zwingenden als Kläger denken) auf den erlittenen Zwang zu berufen. Wenn nun aber, wie gleichfalls oben gezeigt, eine solche Berufung nur statthaft ist, sofern nicht das Geltendmachen eine Unsittlichkeit involvirt, so ist hinreichend klar, daß dieser Umstand der Berufung von Seiten des Gezwungenen nicht entgegensteht. Anders verhält es sich mit der Berufung des Zwingenden auf den von ihm selbst ausgeübten Zwang, wenn man sich den Gezwungenen als aus dem erzwungenen Rechtsgeschäfte, welches er hinterher vielleicht als vortheilhaft erkennen mag, der Zwingende aber nicht geneigt ist anzuerkennen, klagend denkt. Und so gelangen wir denn von allgemeinen Grundsätzen aus zu dem Ergebniß einer Nichtigkeit des erzwungenen Rechtsgeschäfts, die freilich im Falle eines zwischen dem Zwingenden und dem Gezwungenen abgeschlossenen Rechtsgeschäfts nur als eine relative oder

heilbare aufzufassen ist, worüber im § 15. das Nähere. Der Grund liegt genau genommen nicht in dem Zwange, sondern in dem mit dem Inhalte der Erklärung nicht zusammenstimmenden Willen, und der Zwang hat nur die Bedeutung, ein nichtiges Rechtsgeschäft scheinbar zu Existenz zu bringen.

Damit ist aber die Entscheidung über die beiden entgegengesetzten Auffassungen, die uns rücksichtlich des Einflusses des Zwanges in den Quellen entgegengetreten sind, getroffen.

§ 14.

Nothwendigkeit des Eingreifens rechtlicher Vorschriften. — Einwürfe gegen die Annahme der Nichtigkeit.

Bei der obigen Deduction aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen ist von der Voraussetzung ausgegangen, daß das angedrohte Uebel als ein im hohen Grade erhebliches erscheint. Wie nun in einem solchen Falle das Aussprechen der Worte: „ich trete die Erbschaft an, ich schenke, kaufe, verkaufe 2c.", als Mittel, dem angedrohten Uebel zn entgehen, seine vollkommen genügende Erklärung findet, so kann dasselbe auch nicht mit Sicherheit als Offenbarung des inneren Willens, die Erbschaft antreten zu wollen 2c. angesehen werden. — Und setzt man sich in die Lage dessen, von dem ein Anderer unter Bedrohung des Lebens verlangt, daß er ihm sein ganzes Vermögen schenke, daß er eine völlig überschuldete Erbschaft antrete 2c., so wird man die vom Bedrohten abgegebene, der Forderung des Drohenden entsprechende, Erklärung schwerlich für eine ernstlich gemeinte halten können. Die Erklärung ist gewollt, der Inhalt derselben nicht gewollt, wenigstens kann die Erklärung nicht mit Gewißheit als Offenbarung des innern auf Antretung der Erbschaft 2c. gerichteten Willens gelten. — Ein Recht, welches trotzdem an dem Satze festhielte, das erzwungene Rechtsgeschäft ist an sich gültig, würde der Erklärung dem Willen gegenüber eine selbstständige Bedeutung einräumen, die ihr nicht gebührt. — Man kann aber auch das angedrohte Uebel als ein so geringfügiges

denken, daß jeder Zweifel an die Ernstlichkeit der dem Verlangen des Drohenden gemäß abgegebenen Willenserklärung schwinden muß. In der Mitte liegt eine Menge von Fällen, welche, sofern hier keine Rechtsvorschriften eingreifen würden, den erheblichsten Bedenken Raum gestatten müßten.

Demzufolge ist es — um von anderen Punkten abzusehen — von der größten Bedeutung, daß Rechtsvorschriften das richterliche Ermessen beschränken. Wie diese aber auch getroffen werden mögen, eine gewisse Willkür ist nicht zu vermeiden. Es kann nicht fehlen, daß die Anwendung solcher Rechtsvorschriften in einzelnen Fällen zu Inconvenienzen führt.

In der Begriffsbestimmung des metus causa gestum, die wir oben § 4. Seite 15—28 kennen gelernt haben, ist eine solche Schranke für das richterliche Ermessen gesetzt. Zwar wurde von der Römischen Jurisprudenz dieser Begriff zunächst nur zu dem Zwecke bestimmt, um die Voraussetzungen der actio und exceptio quod metus causa (wie der in integrum restitutio ex capite metus) näher zu fixiren. Allein der fragliche Begriff blieb derselbe, als neben der ursprünglichen Anschauung, nach welcher erzwungene Rechtsgeschäfte als an sich gültig betrachtet wurden, die gerade entgegengesetzte hervortrat, wie denn auch ein Bedürfniß zu einer anderen Fixirung hier nicht vorlag. Eine ausdrückliche Bezugnahme auf die nähere Bestimmung des metus causa gestum findet sich zwar in den Stellen, welche die Nichtigkeit statuiren, nicht, es bedurfte aber einer solchen nicht, nachdem der fragliche Begriff, wenn schon zu einem anderen Zwecke, festgestellt worden war.

Zum Schlusse der Deduction aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen sind noch die Einwürfe gegen die Annahme einer Nichtigkeit erzwungener Rechtsgeschäfte, die von eben diesem Standpunkte aus erhoben worden sind, zu betrachten. Daran reihen sich am einfachsten die übrigen Einwendungen an, soweit sie nicht lediglich der Quellenexegese angehören, wovon schon im ersten Abschnitt § 8. die Rede gewesen.

Die Einwürfe vom Standpunkte allgemeiner Rechtsgrundsätze aus zerfallen in zwei Classen.

1. Zunächst hat man eingewandt, daß der für die Nichtigkeit erzwungener Rechtsgeschäfte geltend gemachte Grund weiter reicht, und Fälle ergreift, die entweder überall nicht unter den Begriff der Drohung, oder doch nicht unter diesen Begriff, wie ihn das R. R. fixirt hat, fallen. Der Grund für die Nichtigkeit soll nämlich auch auf den Fall passen, wenn die Furcht „allein auf dem bloßen Denken des Fürchtenden beruhe". Diese Einwendung steht wie sie von Savigny a. a. O. S. 108 formulirt worden, im Zusammenhange mit dem oft angezogenen aber unrichtigen Grunde für die Nichtigkeit erzwungener Rechtsgeschäfte — der mangelnden Freiheit des Willens. „Wenn die Freiheit durch Furcht ausgeschlossen würde," sagt Savigny, „so müßte es ganz gleichgültig sein, ob diese Furcht „durch das bloße Denken des Fürchtenden allein oder durch fremde „Drohung entstanden wäre." Man kann aber auch jenen Einwand von diesem Grunde abtrennen, und denselben so hinstellen: wenn eine durch Drohung veranlaßte Willenserklärung nichtig ist, weil die Drohung einen genügenden Grund für die Erklärung enthält, so muß dasselbe gelten, wenn die Furcht des Handelnden auf bloßer Einbildung beruht. Allein hiebei würde man übersehen, was oben ausdrücklich hervorgehoben worden, daß der blos innerlich gebliebene Widerspruch zwischen dem Willen und der Erklärung keine Beachtung finden kann, vielmehr erforderlich ist, daß die äußeren Umstände, welche der Erklärung voraufgehen oder sie begleiten, der Art sind, daß sie die Kraft und Bedeutung der Willenserklärung aufheben. Freilich kann man den Fall so gestaltet denken, daß sich aus den Umständen, unter denen die Erklärung abgegeben worden, die eingebildete Besorgniß entnehmen läßt — und man könnte meinen, daß von dem aufgestellten Grundsatze aus auch die durch solche eingebildete Besorgniß veranlaßte Willenserklärung als nichtig betrachtet werden müsse. Entscheidend ist hier aber, um von Anderem abzusehen, was vorhin bereits hervorgehoben, daß die Fixirung des metus causa gestum, wie sie auch immer

geschehen mochte, sich niemals ganz frei von einer gewissen Willkür halten konnte.

Noch weniger Schein hat die Gleichstellung der Drohung mit einer von Naturereignissen oder von Seiten dritter Personen drohenden Gefahr. — Wer einen Anderen durch Verheißungen von Geld oder Geldeswerth zu einer positiven Hülfeleistung in der ihm drohenden Gefahr — mag dieselbe durch Naturereignisse oder durch dritte Personen herbeigeführt sein — bestimmt, der hat ohne Zweifel auch wirklich den seiner Erklärung entsprechenden Willen. Das Gegentheil würde wenigstens ein unsittliches Verhalten von seiner Seite, mithin die Berufung auf jene Gefahr als ein die Willenserklärung entkräftendes Moment, eine Unsittlichkeit involviren.

Andere Einwürfe dieser Art sind noch unerheblicher. Man hat gesagt: ist ein durch Drohungen gegen das Leben veranlaßtes Rechtsgeschäft nichtig, so muß dieselbe Wirkung eintreten, wenn die Drohung gegen das ganze Vermögen gerichtet ist. Diesen Einwand erledigt gleichfalls die obige Erwägung, daß eine gewisse Willkür bei der Bestimmung des metus causa gestum Platz greifen mußte. Eine solche Willkür sind auch die Vertheidiger der Ansicht von der Gültigkeit erzwungener Rechtsgeschäfte anzuerkennen genöthigt — denn auch *sie* können auf die Frage, warum nicht auch bei einer gegen das Vermögen gerichteten Drohung die actio quod metus causa stattfinde, keine andere Antwort haben.

2. Im directen Gegensatze zu denjenigen Fällen, wo der Grund der Nichtigkeit über die vom Recht gezogenen Schranken hinausreicht, stehen die Fälle, wo innerhalb dieser Schranken, d. h. innerhalb des Umfangs des metus causa gestum der für die Nichtigkeit geltend gemachte Grund nicht zutrifft. Und gerade hieraus könnte man geneigt sein, einen Einwand gegen die Annahme der Nichtigkeit zu entnehmen, der jedenfalls von ungleich größerer Bedeutung sein würde, als die Einwendungen der ersteren Art. Es kommt zunächst darauf an, diese Fälle hier zusammenzustellen:

a. Wir haben im ersten Abschnitt § 4. Seite 28 gesehen, daß

in der Regel die Bedrohung nur Berücksichtigung findet, wenn die sofortige Ausführung derselben zu erwarten war, indem im entgegengesetzten Falle dem Bedrohten regelmäßig Mittel und Wege offen stehen werden, die Ausführung auf andere Weise zu hindern als durch Sichfügen in den Willen des Drohenden, daß aber freilich auch Fälle denkbar sind, in denen solche Mittel dem Bedrohten nicht gegeben sind, und die wohlbegründete Furcht vor der Ausführung während eines längern Zeitraumes fortdauert. Von dem regelmäßigen Falle ist die Deduction des vorigen § ausgegangen. In diesem regelmäßigen Falle genügt die bloße Erklärung zur Abwehr, und gerade deshalb kann sie nicht mit Sicherheit als Offenbarung des entsprechenden rechtlichen Willens angesehen werden. Anders in jenen Ausnahmsfällen; die bloße vom Willen verlassene Erklärung erscheint hier nicht immer als ein genügendes Mittel, der Ausführung zu begegnen.[1]

b. Es ist kein metus causa gestum, wenn ich durch Verheißungen einen Andern bestimme, mich aus einer von dritten Personen drohenden Gefahr zu retten. Auch kann hier die Zustimmung des Willens zum Inhalte meiner Erklärung keinem Bedenken unterliegen. Anders (vergl. oben S. 24), wenn Derjenige, den ich durch Versprechungen zur Hülfeleistung bestimme,

---

[1]) Man setze: Der A, ein wegen seiner Hinneigung zu Gewaltthätigkeiten der schwersten Art übel berüchtigter Mensch, in der ganzen Stadt gefürchtet, verlangt von dem B, er solle ihm eine Wohnung in seinem Hause für 12 Thlr. pro anno vermiethen. B weigert sich; unter Hinweis darauf, daß es ihm ebenso wie dem C ergehen werde, der, wie allgemein bekannt, ohne daß jedoch der Beweis gegen den A erbracht wäre, aus einem ganz geringfügigen Anlaß von A aufs Aergste mißhandelt worden, wiederholt der A sein Begehren, und B erklärt sich nun dem Verlangen des A entsprechend, indem er voraussieht, daß eine Anzeige von seiner Seite bei der Obrigkeit beim Leugnen des A doch ohne Erfolg sein werde. — Hier haben wir einen Fall, wo die Ausführung der Drohung nicht im Augenblicke zu erwarten ist, vielmehr die durch den Drohenden hervorgerufene Furcht längere Zeit fortdauert. Denkt man sich nun den Fall so, daß der A auf der Stelle einzuziehen beabsichtigt, so ist hinreichend klar, daß hier die bloße Scheinerklärung „ich vermiethe Dir die Wohnung für 12 Thlr." nicht als genügendes Mittel erscheint, die Ausführung der Drohung abzuwenden.

selbst jene Gefahr zu dem Zwecke veranstaltet hat, um daraus einen Vortheil von mir zu ziehen. Hier liegt ein metus causa gestum vor, ohne daß dazu erforderlich ist, daß ich im Augenblicke des Versprechens von jener Veranstaltung der Gefahr von Seiten Desjenigen Kunde habe, den ich zur Hülfeleistung bestimme. In einem Falle dieser Art würde nach dem Obigen das Rechtsgeschäft nichtig sein, obschon der Wille hier kein anderer ist, als in dem Falle, wo die Gefahr nicht von Demjenigen veranstaltet worden, der durch Verheißungen zur Hülfeleistung bestimmt wird, in welchem der Wille entschieden auf Abschluß des Rechtsgeschäfts gerichtet, und dieses vollkommen gültig ist.

Ob noch andere Fälle der beregten Art — wo von allgemeinen Grundsätzen aus keine Nichtigkeit angenommen werden dürfte, gleichwohl aber der Begriff als metus causa gestum, wie er im Recht fixirt worden, zutrifft — denkbar sind, kann dahingestellt bleiben.[2] Von der Savigny'schen Ansicht aus: „daß ein Widerspruch zwischen dem Willen und der Erklärung nur angenommen „werden darf, insofern er für den, der mit dem Handelnden in unmittelbare Berührung kommt, erkennbar ist," wird auch der Fall, wenn das erzwungene Rechtsgeschäft mit einer dritten Person abgeschlossen ist, die vom Zwange keine Kenntniß hat, hieher gehören. Allein es ist schon oben näher ausgeführt, daß zu dieser Annahme kein Grund vorliegt,[3] und wenn wir dort anstatt dieser Beschränkung eine andere aufstellten, die nämlich, daß jede Berufung auf Momente, welche die Bedeutung der Erklärung für die Annahme des derselben entsprechenden Willens aufheben, da ausgeschlossen ist, wo solche Berufung eine Unsittlichkeit involvirt, so ist klar, daß diese letztere Beschränkung auf den Fall eines erzwungenen mit einer dritten Person abgeschlossenen Geschäfts nicht zutrifft, daher denn die Annahme der Nichtigkeit von allgemeinen Grundsätzen gerechtfertigt ist.

---

[2]) Ich wenigstens wüßte keine andern Fälle dieser Art anzuführen.

[3]) Vergl. § 13. den Text zu Anmerkung 3.

Was ist auf den fraglichen Einwand zu entgegnen? Das, was wiederholt geltend gemacht worden — daß eine jede Fixirung des metus causa gestum, wie sie auch gedacht werden mag, in einzelnen Fällen zu Inconvenienzen führen muß. Es kommt hinzu, daß jene Fixirung in der Römischen Jurisprudenz zunächst nur zu dem Zwecke geschah, um die Voraussetzungen der actio quod metus causa bestimmt anzugeben. Als nun später die Anschauung von der Nichtigkeit erzwungener Rechtsgeschäfte hervortrat, da war in jenen ganz entlegenen Fällen sub 1 und 2a und b keine Veranlassung gegeben, den Begriff von der Voraussetzung der Nichtigkeit aus umzugestalten.

3. Von den übrigen Einwendungen sollen hier nur noch zwei einer näheren Besprechung unterzogen werden, die wichtigsten, und diejenigen, welche am häufigsten, in den verschiedenen Gestaltungen und Wendungen geltend gemacht sind. Die eine, rein theoretischer Natur und entnommen aus den zum Schutze des Gezwungenen gegebenen positiven Rechtsmitteln lautet in der Gestalt, wie sie in der Darstellung bei Savigny (a. a. O. Seite 108) sich findet, so:

„In dieser Verbindung aber tritt die Wahrheit der Grund-
„regel, daß der Zwang die Freiheit nicht ausschließt, noch deut-
„licher hervor. Erstlich wegen der nöthig befundenen positiven
„Gegenanstalten. Wenn ein Unmündiger oder ein Wahnsinniger
„solche Worte ausspricht, wodurch ein Handlungsfähiger, wel-
„cher sie ausspricht, verpflichtet werden würde, so wird nicht
„daran gedacht, ihm dagegen einen künstlichen Schutz zu bereiten,
„z. B. durch eine Exception gegen die Contractsklage des Gegners;
„es ist juristisch gar nichts geschehen, das ist genug. Ganz so
„müßte es auch sein bei Demjenigen, welcher durch Drohungen
„zu einer Willenserklärung bestimmt wird, wenn wirklich der
„Zwang die Willensfreiheit ausschlösse."

Die Beweiskraft dieses Arguments — welches wir übrigens von dem unrichtig für die Nichtigkeit angezogenen Grunde, der mangelnden Willensfreiheit loszulösen haben — gegen die Annahme, die nicht die

unsrige ist, daß im Römischen Recht nur der Eine Grundsatz geherrscht, der der Nichtigkeit erzwungener Rechtsgeschäfte, muß unbedenklich anerkannt werden, wie denn früher schon dargelegt ist, daß die actio quod metus causa ihre nähere Ausbildung von der entgegenstehenden Auffassung erfahren, um die in integrum restitutio gegen erzwungene Rechtsgeschäfte nothwendig die Gültigkeit derselben an und für sich zur Voraussetzung hat (vergl. oben S. 13 ff. und 56 f.). Aber auch gegen die von uns vertheidigte Ansicht, daß neben jener Anschauung von der Gültigkeit erzwungener Rechtsgeschäfte, die entgegengesetzte Auffassung in den Quellen vertreten ist, und daß diese sich allein aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen und der Natur der Sache rechtfertigen läßt — auch gegen diese Annahme würde sehr erheblich ins Gewicht fallen, wenn mit derselben die actio q. m. c. nicht vereinbarlich wäre, und man zu dem Resultate kommen müßte, von diesem Standpunkte aus sind alle im Römischen Rechte aus dem Zwange gegebenen Rechtsmittel zu streichen. Dieses ist aber entschieden unrichtig. Zwar muß die in integrum restitutio gegen erzwungene Rechtsgeschäfte, die schon im R. R. keine große Rolle spielte, fallen. Aber das wichtige Rechtsmittel, die actio quod metus causa, bleibt, wie dieses im § 16. nachgewiesen werden wird, nicht blos stehen, sondern erscheint auch von diesem Standpunkte aus als völlig unentbehrlich. Die exceptio metus muß freilich ihre Natur als *exceptio* verlieren,[4] und sich zu einer Einrede umgestalten, bestimmter angegeben, zu einer Einrede „wider die Entstehung eines Rechts".[5] Daß aber, wenn im R. R. zwei verschiedene Auffassungen hervortreten, die Durchführung der einen eine Umgestaltung in vielen Einzelheiten zur Folge haben muß, ist ohne Weiteres klar.

Der zweite Einwand ist der, das s. g. Nullitätssystem sei praktisch bedenklich. In der Regel ist zu dem Behufe hervor-

---

[4]) Uebrigens nicht in allen Fällen, worüber das Weitere im § 16. zu vergleichen ist.

[5]) Vergl. weiter unten § 16. sub II.

gehoben: die Sicherheit des rechtlichen Verkehrs werde durch dasselbe gefährdet. Eine eigenthümliche Wendung findet sich bei dem neuesten Schriftsteller, der jenen Vorwurf sich angeeignet hat, — bei Burchardi. Es heißt a. a. O. S. 357 ff.:

„Denkt man sich auch nur ohne vorgefaßte Meinung in das „wirkliche Leben hinein, so gelangt man in der That zu dem „Resultat, daß das Nullitätssystem in Rücksicht erzwungener „wie in Rücksicht betrüglicher Geschäfte, eine höchst unpraktische „Theorie sei. Die Thatsachen, welche in concreto den Zwang „oder Betrug enthalten sollen, lassen sich wohl erweisen, immer „aber wird es mehr oder minder vom richterlichen Ermessen „abhängen, in diesen Thatsachen wirklich einen Betrug oder „einen ernstlichen Zwang zu erkennen oder nicht. Um das „Nullitätssystem durchzuführen, müßte es eine sicher erkennbare „Grenze des Zwanges und Betrugs geben. Die Fälle aber, in „welchen es schwer ist, zu sagen, in wie fern Scherz und Spielerei, „oder allgemeine Anpreisungen, oder Selbsttäuschung des Verletzten, oder wirkliche Arglist einen Schaden herbeigeführt haben, „sind viel häufiger, als die, in welchen der dolus über allen „Zweifel erhoben ist. Mag man daher dolose Geschäfte als „nichtig darstellen, oder mag man eine richterliche Rescission „derselben für nöthig halten, im Ganzen genommen läuft dieses „auf Eines hinaus, indem auch im erstern Fall der Richter in „der Regel, obschon nicht rechtlich doch factisch, es in seiner Gewalt hat, das angeblich dolose Geschäft bestehen zu lassen. „Man wende nicht ein, daß ja auch bei der aus anderen Gründen eintretenden Nichtigkeit eines Actes, wenn Streit darüber „entsteht, der Richter entscheiden muß. Der wesentliche Unterschied liegt in dem Gegenstande der richterlichen Beurtheilung. „Sonst ist die Nichtigkeit stets von ganz einfachen Fragen abhängig, hier dagegen soll dieselbe von Umständen ausgehen, die „nicht nur unendlich mannigfaltig sein können, sondern die sich „gewöhnlich auch in sehr verschiedenem Lichte auffassen lassen, „da äußerlich eine und dieselbe Handlung durch ihre Gründe

„und Zwecke bald zu etwas völlig Unschuldigem, bald zur bos„haftesten Arglist gestempelt werden kann.“

„Wir haben daher hier wieder,“ — heißt es zum Schlusse — „Gelegenheit den praktischen Tact der Römer zu bewundern, „welcher sie gleich auf solche Grundsätze über den dolus in recht„lichen Geschäften geführt hat, die der Natur der Sache ent„sprechen, und auf die man, selbst bei einer abweichenden Theorie, „am Ende doch zurückkommen muß.“

Von den Ausführungen über ein durch Dolus veranlaßtes Rechtsgeschäft sehen wir ab. Bei dem letzteren kann kein Zweifel darüber sein, daß der Inhalt der Erklärung ein wirklich gewollter ist. — Daß der Frage, ob auch beim metus Dasselbe gelte, bisher keine Beachtung zugewandt worden, vielmehr von den Vertheidigern der Nichtigkeit die richtige Ansicht unrichtig begründet worden, ist eine Folge von der Zusammenstellung des dolus und metus gewesen (vergl. oben S. 97 f.). Sehen wir auch weiter davon ab, daß doch beide Theorien nach Burchardi „im Ganzen auf Eines hinauslaufen“ sollen, was selbst, wenn es absolut gelten würde, doch niemals zur Begründung des Vorwurfs, das Nullitätssystem sei eine unpraktische Theorie, vielmehr nur zur Rechtfertigung des Ausspruchs dienen könnte, es sei überhaupt völlig unfruchtbar, die Frage aufzuwerfen, ob ein erzwungenes Rechtsgeschäft nichtig oder blos rescissibel sei, welcher Ausspruch einer Entgegnung nicht bedarf — so besteht das Wesentliche in der Argumentation Burchardi's darin „es ist praktisch bedenklich, die Entscheidung, ob ein Rechtsgeschäft gültig ist oder nicht, von Fragen abhängig zu machen, bei welchen die Beurtheilung des Factischen leicht Schwierigkeiten darbietet. Und so liegt denn auch hier der Gedanke zu Grunde, daß im praktischen Interesse die Erklärung als ein sicheres und untrügbares Zeichen des Willens gelten müsse, — ein Gedanke, der an sich vollkommen richtig und auch oben von uns an die Spitze der ganzen Argumentation (vergl. S. 114) gestellt ist, der aber, sowie man nicht zugleich die Einschränkung, es sei denn, daß die äußeren Umstände der Art sind, daß sie, indem sie selbst

eine vollkommene Rechtfertigung für die bloße Erklärung enthalten, die Kraft und Bedeutung derselben für die Annahme des dem Inhalt entsprechenden Willens zerstören, zugeben will, zu einem Formalismus führt, aus dem schon das R. R. sich in seiner neuesten Entwicklung zum größten Theile, noch mehr das heutige Recht losgerungen hat. Mag man heute zu Tage lebhaft die Vortheile eines solchen Formalismus erkennen, jenen Standpunkt zurückzurufen ist ein vergebliches Bemühen!

Die ganze Argumentation Burchardi's — gegen welche außerdem noch darauf hingewiesen werden kann, daß auch die Thatfrage, ob ein wesentlicher Irrthum stattgefunden, ob eine Erklärung blos zum Scherz erfolgt ist, in der Regel keine ganz einfache ist — ist oben wörtlich mitgetheilt, um zugleich zu zeigen, wie viel der hohlen Phrasen, wie viel der Unklarheiten in den Einwendungen gegen die hier vertheidigte Theorie sich selbst bei solchen Schriftstellern findet, denen im Allgemeinen jener Vorwurf nicht gemacht werden kann.

§ 15.

Nähere Bestimmung der Nichtigkeit.

Die beiden Schlußparagraphen — der gegenwärtige wie der folgende — haben einen entschieden dogmatischen Charakter. Es handelt sich um die dogmatische Entwicklung auf Grundlage des gewonnenen Resultats. Hier gilt es nun zuvörderst den Begriff und Umfang der Nichtigkeit selbst näher festzustellen, sodann die weiteren Consequenzen aus dem Satze zu ziehen „ein erzwungenes Rechtsgeschäft ist nichtig".

Ersteres fällt dem gegenwärtigen § als Aufgabe zu. Aus den Grundsätzen, die in den § 11—14. näher ausgeführt sind, ergeben sich folgende Sätze:

I. Nichtig ist die auf Zwang beruhende Disposition. War mithin der Zwang nur die Veranlassung zu einer Nebenbestimmung eines bestimmten Rechtsgeschäfts, so ist zunächst auch nur diese auf Zwang beruhende Nebenbestimmung nichtig. In

Folge der Anerkennung dieses aus der Natur der Sache resultirenden Satzes ist die alte Unterscheidung zwischen metus causam dans (negotio) und metus incidens —, in Mißcredit gerathen wegen des damit verbundenen Irrthums, daß im ersten Falle Nichtigkeit, im zweiten nur ein Entschädigungsanspruch statthaben soll — in neuerer Zeit wieder zu Ehren gekommen.[1] Aber dabei darf nicht außer Acht gelassen werden, daß in vielen Fällen die Gültigkeit der Hauptbestimmung durch die Gültigkeit der Nebenbestimmung bedingt ist. Immer ist dieses der Fall bei solchen zweiseitigen Rechtsgeschäften, wodurch gegenseitige Rechte begründet werden. Wenn z. B. zwei Personen in Unterhandlung stehen über den Verkauf eines Hauses, der eine Theil 10,000 fordert, der andere sich bereit erklärt diese Summe zu zahlen, vorausgesetzt daß sie ihm auf ein Jahr unverzinslich creditirt werden werde, was jener ablehnt, — und nun der Kaufliebhaber den Besitzer des Hauses zwangsweise zu der Erklärung bestimmt, ich willige in die Creditirung, und darauf das Angebot annimmt, so kann man nicht sagen, der Verkauf ist rechtsgültig, der Creditvertrag nichtig, denn der Kaufliebhaber wollte nur kaufen, sofern ihm Credit gegeben werden würde, woraus denn folgt, daß wenn der Creditvertrag nichtig ist, dasselbe auch von dem ganzen Rechtsgeschäfte gelten muß. Der Grund liegt somit darin, daß in einem solchen Falle der Wille der Vertragschließenden nicht zusammentrifft. Der eine Theil (der Zwingende) will das Rechtsgeschäft nur mit einer bestimmten Nebenbestimmung, der andere Theil hat zwar auch in die Nebenbestimmung seinen Consens erklärt, will aber trotzdem die Nebenbestimmung nicht, vielmehr nur das Rechtsgeschäft ohne solche Nebenbestimmung. Anders, wenigstens in der Regel, bei einem zweiseitigen Rechtsgeschäft, das nur auf Seiten

---

[1]) Wächter, Privatrecht, S. 766; Puchta, Vorlesungen, § 56, S. 116. Beide sind übrigens Gegner der Nullitätstheorie, und gebrauchten den fraglichen Ausdruck nur zur Geltendmachung des Satzes, der Umfang der Anfechtung (resp. des Entschädigungsanspruchs), hängt „von der Bedeutung dessen ab, was durch die Furcht motivirt worden".

des einen Theils (des Zwingenden — nur dieses ist denkbar) Rechte begründet. Ist hier eine Nebenbestimmung erzwungen, so ist diese nichtig, aber das Geschäft im Uebrigen gültig, da der Gezwungene das Rechtsgeschäft ohne jene Nebenbestimmung will, und der Zwingende auch in den geringeren Vortheil als consentirend anzusehen ist. Doch kann es auch hier anders stehen, wenn entweder aus den Umständen erhellt, daß der Zwingende die freilich nur zu seinen Gunsten gemachte Offerte ohne jene Nebenbestimmung nicht annehmen wollte, oder aber wenn hervorgeht, daß der Gezwungene die Offerte, nachdem der Oblat den Versuch gemacht, ihn zu einer Nebenbestimmung zu bewegen, zurücknahm, und erst auf die ernstliche Drohung sie mit jener Nebenbestimmung wiederholte. So wird in folgendem Falle — der A, ein extraneus, erklärt dem B, ich verspreche dir das Eigenthum des Hauses, in welchem ich gegenwärtig wohne, als Dos, der B zwingt darauf, bevor er das Versprechen annimmt, den A, den Zusatz zu seiner Offerte zu machen „und bestimme dabei, daß das Haus dir nach Auflösung der Ehe verbleibt", und acceptirt dann die Offerte — die promissio dotis gültig sein, der Vertrag, wonach die Dos dem Manne nach Auflösung der Ehe verbleiben soll, nichtig. In dem erklärten Willen des B, das Versprechen mit jener Nebenbestimmung anzunehmen, liegt auch der auf das minus gerichtete Wille enthalten.[2] Anders wenn B vorher die Offerte, so wie sie gestellt war, ablehnte, oder wenn der A, bevor er die erzwungene Erklärung abgab, seine Offerte widerrief.

Aus dem Gesagten wird wohl zur Genüge erhellen, daß es zwar möglich ist, sich Beispiele eines s. g. metus incidens zu construiren, daß aber Fälle dieser Art schwerlich in praxi vorkommen

---

[2]) Aehnlich wie in dem Falle, wo der A dem B 10 zum Geschenk anbietet, dieser die Offerte annimmt, indem er glaubt, daß ihm 20 angeboten seien, in welchem Falle der Wille 20 anzunehmen auch den Willen 10 anzunehmen in sich schließt. Uebrigens verkenne ich nicht, daß die Beurtheilung des im Text erwähnten Falles nicht unzweifelhaft ist. Man könnte mit vielem Scheine sagen, daß in diesem Falle die ursprüngliche Offerte des A von B abgelehnt worden, wenn er ihn zum Versprechen eines plus zwingt, und damit bereits erloschen ist, bevor B die Offerte mit jener Nebenbestimmung annimmt.

mögen. So haben denn auch die Schriftsteller, welche jene Unterscheidung zu Grunde gelegt, es meistens vorgezogen,[3] kein Beispiel eines solchen metus incidens anzuführen, und sich bei der Zusammenstellung des metus mit dem dolus damit begnügt, Beispiele eines dolus incidens zu geben. — Will man unter den Begriff des metus incidens den Fall stellen, wo schon vorher ein gültiger Vertrag zu Stande gekommen, und hinterher der eine Theil den andern zu einer Modification desselben zwangsweise veranlaßt, so ist zwar klar, daß hier die Nichtigkeit (vom entgegengesetzten Standpunkte aus die Anfechtbarkeit) sich auf jene Modification beschränkt, aber eben so klar, daß hier im Grunde von einem metus *incidens* gar nicht mehr die Rede sein kann. — Demnach ist es denn wohl gerathen, die fragliche römisch aussehende Unterscheidung ganz der Vergessenheit anheimzugeben,[4] und einfach den Satz aufzustellen „nichtig" — vom entgegengesetzten Standpunkte aus „anfechtbar — ist die Disposition, die auf Zwang beruht", und wenn diese nur ein einzelner Bestandtheil eines Rechtsgeschäfts ist, auch der übrige Inhalt desselben, insoweit dieser übrige Inhalt die Gültigkeit der erzwungenen Disposition zur Voraussetzung hat. Ich sage „vom entgegengesetzten Standpunkt aus anfechtbar", da so viel klar ist, daß der Umfang der Anfechtbarkeit, wenn man blos diese wegen Zwanges statuirt, sich ganz genau decken muß mit dem Umfang der Nichtigkeit, sofern man ein erzwungenes Rechtsgeschäft für nichtig erklärt.

II. Aus dem Grunde für die Nichtigkeit erzwungener Rechtsgeschäfte — der darin liegt, daß der Zwang als vollständiger Er-

---

[3]) Ich kann freilich nicht mehr sagen als „meistens", habe aber kein Beispiel angeführt gefunden. Auch bei einseitigen Rechtsgeschäften (im Text war nur die Rede von zweiseitigen), ist zwar möglich sich in der Theorie einen Fall dieser Art zu construiren, aber schwerlich mag ein solcher in praxi vorkommen, so viel der Fälle auch in praxi vorkommen, von denen sich die Theorie nichts träumen läßt.

[4]) Es kommt hinzu, daß auch über den Begriff dolus und metus causam dans und incidens keineswegs eine Einstimmigkeit herrscht, vergl. Burchardi, Restitution S. 332 f.

klärungsgrund für die bloße äußere Darlegung des Willens die Bedeutung der Erklärung für die Annahme des Willens aufhebt — ergiebt sich zugleich, daß da, wo aus den besonderen Umständen des Falles hervorgeht, daß der Gezwungene wirklich den der Erklärung entsprechenden Willen gehabt, auch von einer Nichtigkeit nicht die Rede sein kann. Ein Beispiel wird das Gesagte klar stellen.[5] Wenn Jemand, der durch ein leichtsinniges Leben in Schulden gerathen ist, zu einem Manne geht, der aus besonderem Interesse sich seiner stets angenommen hat, und indem er fürchtet, durch Bitten und Vorstellungen nichts zu erreichen, droht, ihn und demnächst sich selbst auf der Stelle zu erschießen, sofern er ihm nicht 1000 Thlr. schenken werde, und dieser nun, um den Drohenden zu beschämen und dadurch zu bestimmen, von dem früheren Leben abzustehen, zugleich auch, um ihm gründliche Hülfe zu gewähren, ihm 2000 statt 1000 schenkt, vielleicht obenein mit den wenigen Worten „das konnte ich von Dir nicht erwarten", so ist wohl hinreichend klar, daß der Bedrohte wirklich den mit dem Inhalte der Erklärung, 2000 Thlr. dando zu schenken, übereinstimmenden Willen hatte. Hier ist ungeachtet der Drohung das Rechtsgeschäft nicht durch die Drohung veranlaßt, vielmehr lag die Veranlassung allein in dem Wohlwollen und Mitleiden des Schenkenden, und eben deshalb würde hier auch von den Gegnern der Nullitätstheorie keine Anfechtbarkeit wegen Zwanges statuirt werden dürfen. Aber, wie schon oben bemerkt, aus den besonderen Umständen des Falles muß die Intention zu entnehmen sein; die bloße durch keine äußeren Facta unterstützte Behauptung des Zwingenden, der Gezwungene habe wirklich den entsprechenden Willen gehabt, kann keine Berücksichtigung finden; Gedanken und Entschließungen, die nicht äußerlich erkennbar sich manifestiren, bleiben im Rechte ohne Beachtung.[6]

---

[5]) Man wolle keinen Anstoß nehmen an der Ausführlichkeit des weiter vorzutragenden Falles. Es schien mir solche Ausführlichkeit nöthig, um den Vorwurf abzuwehren, daß Fälle dieser Art in praxi nicht vorkommen.

[6]) Dieser Satz folgt aus der Natur der Sache. Die Sicherheit des

Es lassen sich aber nicht blos Fälle denken, wo die besonderen äußeren Umstände bei der Drohung darauf hinweisen, daß der Bedrohte den dem Inhalte der Erklärung entsprechenden Willen wirklich gehabt, sondern es giebt auch unter den Fällen, die dem Begriffe des Zwanges, wie er vom Rechte fixirt worden, angehören, mehrere, wo die eigenthümliche Beschaffenheit darauf hinweiset, daß der Handelnde den dem Inhalte der Erklärung entsprechenden Willen gehabt haben wird, vergl. § 14. S. 124 ff. sub a und b. Darf man auch hier eine Ausnahme statuiren? Gewiß nicht. Denn eben die Fälle dieser Art gehören dem Begriff des Zwanges an, wie ihn das Recht fixirt hat. Hier eine Ausnahme machen, heißt mithin nichts anderes, als den Begriff des Zwanges von dem Standpunkte aus, vom welchem ein erzwungenes Rechtsgeschäft als nichtig angesehen wird, anders bestimmen wie von der entgegengesetzten Annahme — der Annahme einer bloßen Rescissibilität — aus, während doch im Römischen Rechte, wo beide Anschauungen sich finden, ein und derselbe Begriff zu Grunde gelegt erscheint.[7] Wie sich somit theoretisch jene Ausnahme nicht rechtfertigen läßt, so ist sie auch praktisch den größten Bedenken unterworfen. Denn gehen wir bei dem Satze, ein erzwungenes Rechtsgeschäft ist nichtig, von dem Begriff des Zwanges ab, wie ihn das Recht — zunächst freilich bei Ausbildung der actio und exceptio metus — aufgestellt, so ist kein Grund ersichtlich, weshalb wir überhaupt noch an jenem Begriff festhalten und z. B. Bedrohungen des Vermögens ausscheiden wollen, während doch, wie oben näher ausgeführt, das Eingreifen rechtlicher Bestimmungen hier gerade ein dringendes praktisches Bedürfniß ist.

III. Von einer Nichtigkeit des erzwungenen Rechtsgeschäfts kann natürlich nur in so weit die Rede sein, als es zur Rechtsbeständigkeit auf den dem Inhalte der Erklärung entsprechenden Willen des Gezwungenen ankommt. Bei einer erzwungenen Eigen=

Verkehrs beruht auf dem Festhalten an diesem Satze, den wir bereits oben S. 114 zur Geltung gebracht haben.

[7]) Vergl. oben S. 122.

thumsübertragung geht mithin nicht das Eigenthum, wohl aber der Besitz über.

IV. Es ist schon oben bemerkt (und wir werden im § 16. sub II hierauf zurückkommen), daß es zur Geltendmachung der Nullität einer Berufung auf die Thatsache des Zwanges bedarf. Dieses ist nichts Besonderes, und tritt in gleicher Weise bei einem im Zustande völliger geistiger Störung abgeschlossenen Rechtsgeschäfte, bei einem wesentlichen Irrthum u. s. w. ein. Es hängt hiemit zusammen, daß das Rechtsgeschäft, weil der Zwingende sich selbst auf sein eigenes unsittliches Handeln nicht berufen kann (vergl. oben S. 115[8]) für ihn als gültig angesehen werden muß. Dieses ist natürlich nicht so zu verstehen, daß das Geschäft zugleich in Ansehung des Zwingenden gültig, bezüglich des Gezwungenen nichtig ist, sondern nur so, daß der Gezwungene die Befugniß hat, das Rechtsgeschäft nach seiner Wahl als ein gültiges oder nichtiges zu behandeln. Ist es für den Einen gültig, so auch für den Andern; ist es für den Einen nichtig, so auch für den Andern — darüber ob es gültig oder nichtig sein soll, entscheidet lediglich der Gezwungene, mit andern Worten: es liegt eine Nullität vor, die man gewöhnlich als relative Nullität, am treffendsten wohl als schwebende oder bedingte Nullität bezeichnet hat.[9]

---

[8]) Man könnte hier die Einwendung erheben, der Zwingende habe ja nicht nöthig, sich auf den stattgehabten Zwang zu berufen, sondern könne einfach geltend machen, der andere Theil habe lediglich eine Scheinerklärung abgegeben. Aber dabei würde man übersehen, daß eine solche abstracte Behauptung keine Berücksichtigung finden kann, vielmehr es nöthig ist, factische Momente anzuführen, aus denen dieses erhellt. — Und wäre eine solche abstracte Behauptung selbst zulässig, so würde replicando unter Anführung der betreffenden Thatsachen geltend gemacht werden können: Du, der Zwingende, kannst dich hierauf nicht berufen, da diese Berufung ein Geltendmachen deines eigenen unsittlichen Handelns involviren würde.

[9]) Wenn man genau sagt, was man darunter versteht, so kommt es im Grunde nicht auf den Namen an. Gleichwohl ist es nicht unwichtig, den adäquaten Ausdruck zu finden, da einestheils mit einer ungenauen Bezeichnung leicht unrichtige Folgerungen verbunden werden können, anderntheils aber gerade aus dem Ausdruck „relative Nullität" die Argumente der Gegner der relativen Nullität (Brandis, über absolute und relative Nichtigkeit, Zeit-

Wenn vorhin gesagt ist, das Rechtsgeschäft ist rücksichtlich des Zwingenden selbst als gültig zu betrachten, so erleidet dieses doch eine in der Natur der Sache liegende Beschränkung, nämlich auf zweiseitige Rechtsgeschäfte, eingegangen zwischen dem Zwingen-

schrift für Civilrecht und Prozeß, Bd. VII, Nr. IV, V. Sintenis, Civilrecht. § 24. S. 215 ff. Heimbach, Rechtslexicon IX, S. 235 f. Vangerow, I, S. 630. II, S. 347 f.) zu einem guten Theile entnommen sind. Die Literatur über diesen Gegenstand ist seit der angezogenen Abhandlung von Brandis eine sehr bedeutende. Außer den bereits erwähnten Schriften sind noch ganz besonders zu vergleichen: Wächter, a. a. O. S. 666 ff. Arndts, Pandekten, § 234. S. 377, vornämlich aber Unger, a. a. O. S. 150 ff. Treffend bemerkt der Letztere: „Relative Nullität ist in der That ein falscher „Begriff, aber mit jenem Ausdrucke will man nur die Fälle bezeichnen, in „denen es noch ungewiß, von Umständen abhängig, also insofern relativ ist, „ob Nullität vorhanden sei, oder nicht; es giebt nicht eine relative Nullität, „aber es giebt Fälle, in denen die Nullität nicht unbedingt, sondern bedingt, „insofern also relativ eintritt." Uebrigens können wir in dem hier zur Rede stehenden Falle, mit dem gleichen Rechte von einer relativen (oder bedingten) Gültigkeit, wie von einer relativen (oder bedingten) Nichtigkeit reden. Würde man nämlich in einem Augenblicke, wo der Betheiligte, von dessen Willkür die Gültigkeit oder Nichtigkeit abhängt, sich noch nicht erklärt hat, fragen: ist der Vertrag jetzt gültig oder nichtig, so würde die Entscheidung weder lauten können „er ist gültig", noch auch „er ist nichtig", sondern nur dahin ergehen können: ob er gültig oder nichtig ist, ist zur Zeit noch ungewiß. Tritt die Entscheidung ein, gleichviel in welcher Weise, so offenbart sich nun, daß das Geschäft schon früher — je nachdem die Entscheidung ausgefallen ist, gültig oder aber nichtig war. Auf eine weitere Erörterung dieses Punkts, die, obschon hier nur im uneigentlichen Sinne von einer Bedingung gesprochen werden kann, doch nur im Zusammenhange mit der Lehre von den Bedingungen (vergl. die trefflichen Ausführungen von Fitting und Unger) gegeben werden könnte, muß ich hier verzichten, und will nur noch bemerken, daß mir hiernach die Unterscheidung bei Wächter a. a. O., S. 669 (vergl. besonders Anmerk. 50), nicht richtig zu sein scheint.

Als ein Fall solcher relativen oder bedingten Nullität wird gewöhnlich — und mit Recht — ein von einem Pupillen ohne Einwilligung des Vormunds geschlossenes zweiseitig verbindliches Geschäft bezeichnet (zu den Vertheidigern dieser Ansicht gehört auch unter Anderen Bähr, die Anerkennung. Cassel 1855, S. 17 f.). Ein näheres Eingehen hierauf, desgleichen auf die Frage, ob noch andere Fälle dahin zu zählen sind, eventualiter welche, würde zu weit führen. — Ob auch der obige Fall dahin zu rechnen ist, wird natürlich vor Allem von der Frage abhängen, ob ein erzwungenes Rechtsgeschäft gültig oder nichtig ist.

den und Gezwungenen. Ausgeschlossen sind damit die einseitigen Rechtsgeschäfte; bei diesen ist auch der Zwingende selbst befugt, die Nullität zur Geltung zu bringen. Ich sage: diese Beschränkung ergiebt sich aus der Natur der Sache. Denn das Rechtsgeschäft kann, wie vorhin gleichfalls bemerkt, nicht zugleich für den Zwingenden gültig, für andere Personen nichtig sein, vielmehr ist es Das, was es ist, sei es nun gültig oder nichtig, für alle Personen. Es liegt aber in der Natur der einseitigen Rechtsgeschäfte, daß diese zu den verschiedensten Personen rechtliche Beziehungen begründen, oder doch begründen können. Somit bleibt denn nichts Anderes übrig, als eine absolute Nullität anzunehmen. Man setze folgenden Fall: der A, ein entfernter Verwandter des B, zwingt diesen, den C zum Erben einzusetzen. Der Testator stirbt wenige Tage darauf, schon vorher sind, ohne daß der Zwingende, Kenntniß davon hatte, zwei Personen mit Tode abgegangen, die mit dem Testator näher verwandt waren als der A, so daß der A und zwei andere Personen, D und E, beim Ableben des B als die nächsten Verwandten erscheinen. Wollte man hier sagen, es kommt lediglich darauf an, ob D und E die Nichtigkeit des Testaments geltend machen wollen, thun sie dieses, so ist auch der A daran nicht behindert, wenn nicht, so kann der A seinerseits keinen Anspruch erheben, was nach dem Bemerkten schon an sich nicht gerechtfertigt wäre, — so würde man sofort ins Gedränge gerathen, wenn man sich den Fall so denkt, daß D und E verschiedener Entschließung sind, oder so daß beide gegen den C als possessor hereditatis geklagt haben, der eine obtinirt hat, der andere abgewiesen ist — was sich bei der beschränkten Wirkung der res judicata sehr wohl ereignen kann[10] — oder endlich so, daß beide sich mit C vergleichen.

Den aufgestellten Grundsatz, daß ein erzwungenes Rechtsgeschäft im Uebrigen absolut oder unbedingt nichtig ist, bei zweiseitigen Rechtsgeschäften zwischen dem Zwingenden und Gezwungenen aber

---

[10]) Im **Erfolge** kann auch hier eintreten, daß Jemand pro parte testatus, pro parte intestatus stirbt.

was die Person des Zwingenden anlangt, nur eine relative oder schwebende Nichtigkeit eintritt, haben wir jetzt in seiner Anwendung auf alle die einzelnen hier sich als möglich ergebenden Fälle durchzuführen, dabei jedoch vorweg zu bemerken, das was von dem Zwingenden gilt, auch auf seine Erben Anwendung findet, mithin auch bezüglich dieser es in der Wahl des Gezwungenen (resp. dessen Erben) stehen muß, ob das Rechtsgeschäft gültig sein soll oder nicht.

A. Erster Fall: das erzwungene Rechtsgeschäft ist ein **einseitiges.** Der A zwingt den B, ihn selbst oder eine dritte Person zum Erben einzusetzen — eine überschuldete Erbschaft anzutreten — ein deferirtes Erbrecht auszuschlagen u. s. w. In allen diesen Fällen ist die erzwungene Handlung absolut nichtig, und wenn es schon einer Berufung auf den stattgehabten Zwang bedarf, so kann doch ein Jeder denselben geltend machen. — Kann aber der Gezwungene mit Rechtseffect später erklären, daß er die fragliche Handlung gelten lassen wolle? Zu der Wirkung, daß das erzwungene Rechtsgeschäft aufrecht erhalten wird, niemals, wohl aber kann eine solche Erklärung unter Umständen eine andere selbstständige Bedeutung haben. Wenn Jemand anfangs gezwungen eine Erbschaft antritt — später erklärt, daß jene Handlung, obschon erzwungen, doch gültig sein solle, so kann darin nur eine Antretung der Erbschaft in dem Augenblick, wo diese letzte Erklärung erfolgt ist, gefunden werden. Wichtig wird dieses in einem Falle, wo der Testator einen Termin für die Antretung als Bedingung gesetzt, oder aber die Beachtung einer bestimmten Form vorgeschrieben hatte. Im ersteren Falle hat die fragliche Erklärung, sofern sie nach Ablauf jenes Termins erfolgt ist, gar keine Bedeutung, da die Delation erloschen ist, im zweiten bedarf es, auch wenn bei der ersteren, in Folge des Zwanges erfolgten Erklärung die Form gewahrt worden war, der wiederholten Beachtung derselben. — Ist die Errichtung eines Testaments zwangsweise erfolgt, so hat hier die bloße Erklärung des Gezwungenen, daß das Testament gelten solle, gar keine Bedeutung,

vielmehr bedarf es einer neuen Testamentserrichtung,[11] die freilich auch füglich in der Weise geschehen kann, daß auf die Person des in dem früheren Testamente eingesetzten Erben hingewiesen wird. — Man könnte aber fragen, ob es nicht anders steht, sofern der Gezwungene später nicht etwa erklärt „ich genehmige die fragliche Handlung", sondern „die fragliche Handlung entsprach, obschon ein Zwang obwaltete, doch meinem wirklichen derzeitigen Willen"? Man könnte meinen, daß solche Erklärung immer genügen müsse, da doch der Grund der Nichtigkeit in dem mit dem Inhalte der Erklärung nicht zusammenstimmenden Willen liege, und bereits oben sub II Seite 134 f. dargelegt worden, daß, wo aus den besondern Umständen des Falls hervorgeht, daß der Gezwungene trotz des Zwanges den entsprechenden Willen gehabt, auch von einer Nichtigkeit nicht die Rede sein könne. Allein es ist daselbst hervorgehoben, daß die besondern factischen Umstände des concreten Falles darauf hinweisen müssen, und Gedanken und Entschließungen, die nicht äußerlich hervortreten, im Rechte nicht berücksichtigt werden. Jene Erklärung, ich habe damals wirklich den entsprechenden Willen gehabt, hat hiernach keine andere Bedeutung als die: ich genehmige jetzt das (einseitige) Rechtsgeschäft, d. h. es kann darin unter Umständen eine wirksame Wiederholung jenes Rechtsgeschäfts gefunden werden.

Bei dem

B. zweiten Falle: das erzwungene Rechtsgeschäft ist ein **zweiseitiges**,

haben wir wieder folgende Fälle zu scheiden:

1. Das erzwungene Rechtsgeschäft ist zwischen dem Gezwungenen und einer dritten Person, die vom Zwange keine Kenntniß hat, abgeschlossen. Wir denken dasselbe zunächst als ein zweiseitig oneroses, und um einen concreten Fall vor Augen zu haben, als einen Kaufcontract, und den Gezwungenen als Verkäufer.

---

[11]) Die richtige Ansicht findet sich unter Anderen auch bei Mühlenbruch (Fortsetzung des Glück'schen Commentars, Bd. XLIII, S. 491).

Der Kaufcontract ist in solchem Falle nur scheinbar zum Dasein gekommen, und einem jeden Theile ist unbenommen, sich auf den stattgehabten Zwang zur Geltendmachung der Nichtigkeit zu berufen; der Gezwungene kann geltend machen, ich habe nicht verkaufen wollen, die abgegebene Erklärung war nur zum Schein erfolgt; der Dritte, ich habe zwar kaufen wollen, aber meinem Willen entsprach nicht der Wille des Gezwungenen, da aus der durch Zwang hervorgerufenen Erklärung nicht auf den entsprechenden Willen geschlossen werden kann. So steht es den nicht in der Befugniß des Gezwungenen, den Vertrag aufrecht zu erhalten, und nur so lange ist dieses in seiner Macht, als die Offerte des Dritten als noch fortdauernd anzusehen ist.[12] Ich sage die Offerte des Dritten. Denn auch dann, wenn zunächst der Gezwungene mit der Proposition hervortritt „ich verkaufe Dir mein Haus für 10,000 Thlr." und der Dritte diese Proposition annimmt, auch in diesem Falle ist dieses „Ja" des Dritten, da jene Erklärung bei dem mangelnden Willen des Gezwungenen nicht als Abschluß des Kaufcontracts aufgefaßt werden kann, als Offerte anzusehen „ich kaufe das Haus für 10,000", und der Gezwungene wird nun, wenn man sich den Fall so denkt, daß der Zwang in wenigen Augenblicken aufhört, nicht behindert sein, mit Rechtswirkung für den Dritten zu erklären „ich hatte zwar die erste Erklärung in Folge stattgehabten Zwanges abgegeben, spreche aber hiemit meine Einwilligung aus". Wie lange eine Offerte als wirksam zu be-

---

[12]) Genau genommen steht nicht in seiner Befugniß, den Vertrag aufrecht zu erhalten, sondern durch sein „Ja" einen neuen gültigen Vertrag gleichen Inhalts mit dem früheren nichtigen abzuschließen. Uebrigens tritt das ganz Gleiche bei einem dissensus in corpore ein. Wenn ich z. B. dem A mein Pferd für die Summe von 30 Louisd'or zum Verkauf anbiete, der A aber ein anderes Pferd als das von mir bezielte meint, und auf dieses in seiner Antwort hindeutend in den Abschluß des Kaufcontracts seine Zustimmung erklärt, so ist natürlich ein Vertrag nicht zu Stande gekommen, und die Erklärung des A ist juristisch nur als neue Offerte zu einem Kaufcontract über jenes andere Pferd aufzufassen, welche ich sofort annehmen kann. Aber nach einem halben Jahre steht mir ohne Zweifel die gleiche Befugniß nicht zu, da die Offerte dann schon ohne Frage von selbst erloschen ist.

trachten ist, hängt, sofern der Offerent nicht selbst eine Frist bestimmt hat — was natürlich voraussetzt, daß wirklich von dem Dritten zuerst die Proposition gemacht worden — von den Umständen des concreten Falles ab. Ist die eventualiter arbitrio judicis zu bestimmende Frist verstrichen, so hört auch die Befugniß des Gezwungenen, zu erklären „ich willige jetzt in den Abschluß des Vertrags" auf. Eben dieses ist von der größten Bedeutung. Von dem Standpunkte, welcher die Nullität verwirft, steht es, wenn man sich den Fall so gestaltet denkt, daß auf der Stelle der Kaufpreis bezahlt, und das Haus sofort tradirt worden,[13] Jahre lang in der Willkür des Gezwungenen, die Sache gegen Erstattung des Kaufpreises zurückzufordern, der Dritte, der späterhin vom stattgehabten Zwange Kunde erhalten, hat kein Mittel eine Erklärung von seinem Verkäufer herbeizuführen, dieser ist nicht verbunden zu solcher Erklärung, und auch eine provocatio ad agendum ist ausgeschlossen, wenn der Verkäufer nur vermeidet, sich eines Anspruchs zu verrühmen. — Ohnehin ist der Dritte schon dadurch im Nachtheile, daß er nicht immer, oder vielleicht erst spät vom stattgehabten Zwange Kunde erhält — dieser Nachtheil ist ein nicht zu vermeidender factischer Uebelstand. Aber ein unleidliches Resultat würde es sein, wenn er auch vom Rechte selbst schlechter gestellt würde, als der Gezwungene, und diesem die Mittel vom Rechte geboten würden, Jahre hindurch die Conjuncturen zu seinem Vortheile und zum Nachtheile des unschuldigen Dritten zu benutzen, ein Resultat, welches auch dadurch um nichts in einem minder ungünstigen Lichte erscheint, daß Fälle, wo Jemand gezwungen wird, mit einer dritten Person ein Rechtsgeschäft (obenein ein oneroses Rechtsgeschäft) abzuschließen, zu den größten Seltenheiten gehören werden.

---

[13]) Anders natürlich, wenn die Sache noch nicht tradirt, oder der Kaufpreis nicht bezahlt worden. Hier kann zwar der dritte Contrahent leicht die Entscheidung von Seite des Gezwungenen herbeiführen. Aber auch hier ist der unschuldige Dritte von der Rescissibilitätstheorie aus immer in so fern im Nachtheile, als es lediglich vom Willen des Gezwungenen abhängt, das Rechtsgeschäft mit der actio q. m. c. anzufechten.

Die Befugniß die Nichtigkeit geltend zu machen, kommt auch, wie sich von selbst versteht, den Erben — sowohl des Dritten, als den Erben des Gezwungenen — zu.

Der Fall eines zweiseitigen unentgeldlichen Rechtsgeschäfts bietet für die Beurtheilung keine Schwierigkeiten dar. Selbstverständlich kann nur der Dritte als derjenige gedacht werden, der einen Vortheil aus dem Geschäfte hat, und eben daraus ergiebt sich, daß regelmäßig auch nur der Gezwungene ein Interesse haben kann, die Nichtigkeit geltend zu machen. Wo aber ausnahmsweise auch der Dritte selbst dabei interessirt ist, steht auch ihm die gleiche Befugniß zu. Man setze den Fall, der A zwingt den B dem C sein Wohnhaus (dando) zu schenken. Wenige Tage darauf stirbt der D mit Hinterlassung eines Testaments, in welchem er folgende Bestimmung getroffen: wenn zur Zeit meines Ablebens der B sein Wohnhaus an den C geschenkt haben wird, soll B, widrigenfalls der C mein Erbe sein. Hier wird auch der C, der nachträglich vom Zwange Kunde erhalten, die Nichtigkeit jener Schenkung geltend machen können. — Man wende nicht ein, ein Fall dieser Art werde schwerlich vorkommen. Dies Leben bietet mehr Beispiele seltsamer Verfügungen, als die Theorie erfinden mag — auf jeden Fall ist die Aufgabe der Theorie, die Grundsätze so hinzustellen, daß alle möglichen Fälle unter dieselben subsummirt werden können.

2. Das erzwungene Rechtsgeschäft ist mit dem Zwingenden abgeschlossen. Der Fall eines unentgeldlichen Geschäfts macht für die Beurtheilung keine Schwierigkeit; nur den andern Fall, wo das Rechtsgeschäft als ein zweiseitig oneroses erscheint, haben wir näher zu betrachten. Die Besonderheit besteht hier gerade darin, daß der Zwingende selbst — und ganz dasselbe muß von dessen Erben gelten — sich auf die Nichtigkeit nicht berufen kann, mithin die Existenzfrage zur alleinigen Bestimmung des Gezwungenen steht — eine Ausnahme von der Regel des Rechts iniquum est, non esse mihi cum illo actionem, si nolit, illi vero, si velit, mecum. So lange eine Erklärung des Gezwungenen (natürlich nach dem Aufhören des Zwangs) nicht stattgefunden, schwebt die

Existenzfrage; erklärt derselbe, das Geschäft nicht gelten lassen zu wollen, so hat das Geschäft in keinem Momente existirt, genehmigt er dasselbe,[14] so kommt es nun nicht etwa in diesem Augenblicke zu Stande, sondern es ist zu behandeln, als ob es schon von Anfang an nach allen seinen Seiten gültig abgeschlossen wäre. Die Erklärung des Gezwungenen kann nach beiden Seiten gerichtlich oder außergerichtlich geschehen, gerichtlich, wenn der Gezwungene den Zwingenden auf Erfüllung belangt, resp. die Rückgabe der von ihm zwangsweise verkauften und sofort tradirten Sache (mit der rei vindicatio) fordert, außergerichtlich, in jeder beliebigen Weise, namentlich auch stillschweigend durch die Tradition des verkauften Gegenstandes, resp. durch Zurückweisen des vom Zwingenden angebotenen Kaufgeldes. Dieses Wahlrecht des Gezwungenen erscheint als ein Nachtheil, der den Zwingenden mit Recht trifft. Ist sofort in continenti das ganze Geschäft zum Abschluß gekommen, hat also auch die Tradition der verkauften Sache und die Zahlung des pretii stattgefunden, so hat der Zwingende nicht einmal ein Mittel, eine Erklärung des Gezwungenen herbeizuführen. Das Recht des Gezwungenen geht natürlich auf seine Erben über.

3. Endlich ist noch ein dritter Fall zu betrachten. Das Rechtsgeschäft ist unter mehr als zwei Personen zu Stande gekommen; dem Gezwungenen auf der einen Seite stehen auf der andern gegenüber der Zwingende und ein Dritter, der vom Zwange keine Kenntniß hat.

Oder dem Zwingenden auf der einen Seite stehen auf der andern der Gezwungene und ein Dritter gegenüber.

---

[14]) Nur in diesem Falle kann von einer eigentlichen Genehmigung des abgeschlossenen Geschäfts von Seiten des Gezwungenen die Rede sein. Die s. g. Genehmigung des Gezwungenen bei einseitigen Rechtsgeschäften oder einem Vertrage mit einer dritten Person ist, wo sie zulässig ist, nur als Abschluß eines neuen Geschäfts gleichen Inhalts anzusehen.

Von Wichtigkeit kann dieses z. B. dann werden, wenn der Gezwungene für die von seiner Seite übernommene Verpflichtung ein Pfandrecht bestellt hat.

In beiden Fällen können wir an ein *unentgeldliches*, oder an ein *entgeldliches* Rechtsgeschäft denken. Nur das *letztere* wollen wir näher betrachten, da das erstere keine Schwierigkeiten darbietet. Wir setzen, indem wir den Gezungenen mit A, den Zwingenden mit B bezeichnen: A, Eigenthümer des fundus x, verkauft denselben, von B gezwungen, an diesen, wie an den C, der vom Zwange keine Kunde hat, für 10,000 (hier steht dem Gezwungenen gegenüber der Zwingende und ein Dritter).

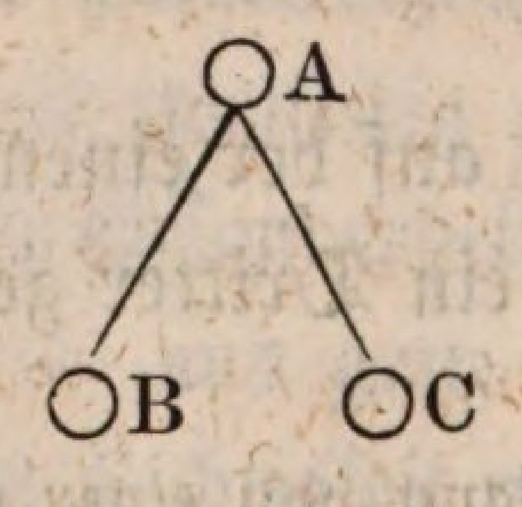
A und C, beide Miteigenthümer des fundus x, verkaufen denselben an den B, A von B gezwungen, C freiwillig (hier stehen dem Zwingenden gegenüber der Gezwungene und ein Dritter).

a. *Man kann hier — und dieses ist der regelmäßigste Fall — die Obligatio* **getheilt** *denken.* Als Grundsatz ist festzuhalten: eine jede Obligatio ist nach denjenigen besonderen Rechtssätzen zu beurtheilen, die vorhin für dieselbe aufgestellt sind, ohne Rücksicht auf die andere.

Diesen Grundsatz haben wir jetzt in seiner Anwendung auf die einzelnen möglichen Fälle, wie in seinen möglichen Modificationen kennen zu lernen — zunächst in seiner Anwendung auf den

α. ersteren Fall:

A verkauft von B gezwungen die eine ideelle Hälfte an den B für 5000, die andere an den des Zwangs unkundigen C für 5000. Veranschaulichen wir das Verhältniß durch eine Zeichnung, bei der der Strich | auf den Kaufcontract hinweisen soll.



Der *letztere* Vertrag ist *absolut* (oder unbedingt) nichtig, d. h. ein jeder Theil kann den stattgehabten Zwang geltend machen.

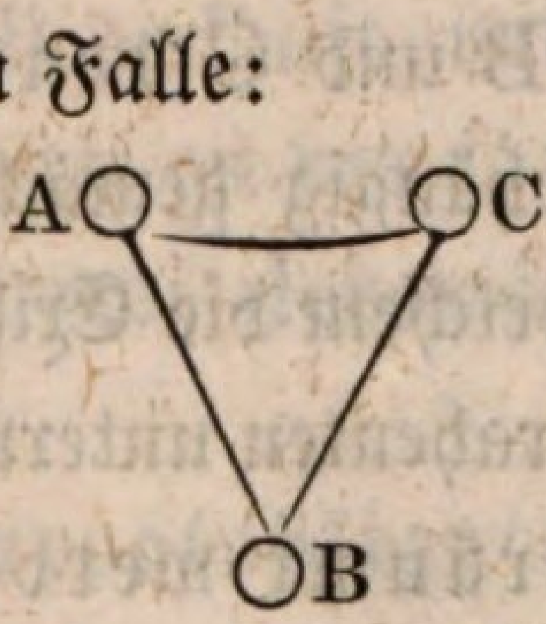
Der *erstere* Vertrag ist *relativ* (oder bedingt) nichtig, d. h. die Existenzfrage ist von der Entschließung des A abhängig.

Der letztere Satz erleidet nur dann eine Ausnahme, wenn entweder ausdrücklich ausgemacht worden, oder aus den concreten

Umständen die Absicht des B erhellt, daß der Kaufcontract über die ideelle Hälfte von dem Bestande oder Fortbestande des in derselben äußeren Handlung zwischen dem A und C abgeschlossenen Vertrags über die andere ideelle Hälfte abhängig sein solle.

Aber auch wenn dieses der Fall ist, steht es dem B nicht zu, einer etwaigen Klage des A gegenüber, sich darauf zu berufen, daß der Vertrag zwischen dem A und C, weil erzwungen, nichtig sei, die Gültigkeit des von ihm mit dem A abgeschlossenen Vertrags aber von der Gültigkeit jenes Vertrags abhängig gemacht worden. Denn diese Berufung zuzulassen hieße dem Zwingenden gestatten, sich auf sein eigenes unsittliches Handeln zu berufen. Nur dann, wenn entweder ein Richterspruch den Vertrag zwischen dem A und C für nichtig erklärt hat, oder beide außergerichtlich anerkannt haben, daß er nichtig sei, oder nichtig sein solle, nur dann hat der B die Befugniß, diese Thatsache geltend zu machen, und eben damit entweder einer Klage von Seiten des A auf Erfüllung zu begegnen, oder im Wege der Klage Rückzahlung des früher bezahlten pretii zu erlangen.[15] Wenn also der A und C übereinkommen, daß der Vertrag aufrecht erhalten werden solle (worin juristisch die Abschließung eines neuen Vertrages von demselben Inhalte liegt), so ist jene Berufung des B ganz ausgeschlossen.

β. In dem anderen Falle:



der A und C, Miteigenthümer des fundus x zu $1/_2$, verkaufen beide in demselben äußeren Acte ein jeder seine ideelle Hälfte an den

[15]) Man könnte an diesem Satze Anstoß nehmen wegen der beschränkten Wirkung der res judicata. Müßte der *B* die Nichtigkeit des Vertrags zwischen *A* und *C* geltend machen, so wäre der Einwand begründet, er könnte sich für solche Nichtigkeit weder auf den Richterspruch, der nur inter partes wirkt, beziehen, noch auf den stattgehabten Zwang. Allein er hat sich nur auf die Thatsache zu berufen, daß dieser Vertrag durch Richterspruch für

B für 5000, der A gezwungen, der B freiwillig, erfährt von den einfach sich ergebenden Sätzen,

1. die Obligatio zwischen A und B ist relativ nichtig, d. h. die Existenzfrage ist der alleinigen Entscheidung des A unterworfen,
2. die Obligatio zwischen C und B ist vollkommen gültig,

der letztere Satz unter Umständen eine Modification — dann nämlich,

wenn aus den Umständen sich bestimmt ergiebt, daß der condominus C nur unter der Voraussetzung seinen ideellen Antheil an den B verkaufen wollte, daß gleichzeitig ein gültiger Kaufcontract zwischen seinem Miteigenthümer A und dem B zu Stande kommen werde.

Wenn in diesem Falle der A von seiner Befugniß dem B gegenüber, den Vertrag nicht gelten zu lassen, Gebrauch macht, so ist auch der zwischen C und B geschlossene Vertrag nichtig, und tritt hier in Betreff der Berufung des B dasselbe ein, was vorher im Texte zu Anmerk. 15. gesagt worden. So lange aber der A von dieser Befugniß nicht Gebrauch gemacht hat, kann nur der C, nicht der B, auf Nichtigkeit des Vertrags sich berufen, ebenso in dem Falle, wenn der A die Aufrechthaltung des Vertrags dem B gegenüber verlangt. Der *C* hat dieses Recht, da die Gültigkeit des Vertrags zwischen B und C von der Gültigkeit des Vertrags zwischen A und B abhängig gemacht ist, ein Vertrag aber nicht gültig erscheint, bei welchem die Existenzfrage der alleinigen Entscheidung des einen Contrahenten unterworfen ist, dem *B* kann dieses Recht nicht eingeräumt werden, da das Gegentheil annehmen nichts anders heißen würde, als ihm gestatten, sich auf sein eignes unsittliches Handeln zu berufen.

---

nichtig erklärt ist, resp. die Parteien die Nichtigkeit außergerichtlich anerkannt haben, da in dem concreten Falle die Absicht dahin ging, daß der Vertrag zwischen dem A und B von demselben Schicksale betroffen werden solle, wie der Vertrag zwischen A und C. Nur die Wahrheit des Inhalts des Richterspruches kann B nicht für sich geltend machen.

So ist denn in dem Falle — wenn aus den Umständen sich ergiebt, daß der condominus C nur unter der Voraussetzung seinen ideellen Antheil an den B verkaufen wollte, daß gleichzeitig ein gültiger Kaufcontract zwischen seinem Miteigenthümer A und dem B zu Stande kommen werde — der Vertrag zwischen C und B nichtig, und zwar absolut nichtig, wenn rücksichtlich des Vertrags zwischen dem A und B, der A von seiner Befugniß den Vertrag als nichtig zu behandeln Gebrauch gemacht hat, relativ zu Gunsten des C aber nichtig, so lange der A sich nicht erklärt, oder wenn er sich für die Aufrechthaltung des Vertrags entschieden hat. Hat der C den Verkauf seiner ideellen Hälfte nicht von jener Voraussetzung abhängig gemacht, so ist der Kaufcontract zwischen B und C natürlich vollkommen gültig.

b. Alle Sätze, welche wir bisher aufgeführt haben, leiden eine analoge Anwendung, wenn wir uns die Obligatio als Eine denken, mithin annehmen, daß im ersteren Fall

der A den fundus ungetheilt an den B und an den C verkauft, und B das ganze pretium, desgleichen C das ganze pretium dem A zu zahlen verheißen hat, dergestalt daß B und C correi credendi und correi debendi sind,

im zweiten Fall

der condominus A wie der condominus C ein jeder den ganzen fundus an den B verkauft, und dieser letztere den ganzen Kaufpreis an den A wie an den C versprochen hat, dergestalt, daß A und C als correi debendi und correi credendi erscheinen.

„Denn auch bei den Correalobligationen ist die Gültigkeit der „Forderung oder Verpflichtung des einen correus nicht nothwen„dig davon abhängig, daß auch in Ansehung der übrigen die Obli„gatio gültig sei, weil ein jeder so vollkommen Subject der Obliga„tio wird, wie wenn er es allein wäre.“[16] Dabei ist zu bemerken,

---

[16]) Puchta, Pandecten § 234. in fine. Arndts, Pandecten § 213. in fine, S. 339.

daß in einem Falle, wo der eine Theil in Wirklichkeit nicht berechtigt, oder nicht verpflichtet war, eine **Correal**obligation natürlich nur scheinbar vorliegt, und daß es hier de facto öfter vorkommen wird, daß die Berechtigung und Verpflichtung des einen correus nach der Intention der Parteien von der Gültigkeit der Berechtigung und Verpflichtung des andern correus abhängig erscheint.

§ 16.

Die Consequenzen des Satzes: ein erzwungenes Rechtsgeschäft ist nichtig. — Praktische Bedeutung desselben.

Schon im vorigen § ist mit dem Versuche der Anfang gemacht, die Lehre vom Zwange von dem gewonnenen Resultate aus selbstständig zu construiren. Es galt dort, den Begriff und Umfang der Nichtigkeit näher zu bestimmen; es gilt hier, die Consequenzen für die aus dem Zwange gegebenen positiven Rechtsmittel — die actio quod metus sausa, die exceptio metus und die in integrum restitutio — kennen zu lernen, und eben damit zugleich jenen Rechtsmitteln die ihnen zukommende Stellung anzuweisen.

I. Was zunächst die actio q. m. c. anlangt, so sind wir schon oben der Behauptung begegnet, daß mit der Annahme der Nichtigkeit der erzwungenen Rechtsgeschäfte die fragliche Klage unvereinbar sei. Würde es sich hier nur darum handeln, diese Ansicht zu widerlegen, so könnten wir uns kurz fassen. Allein es gilt nach dem Obigen die Bedeutung dieses Rechtsmittels von dem Nullitätssystem aus kennen zu lernen.

A. Zunächst leuchtet ein, daß von einer Nichtigkeit nur bei einem erzwungenen **Rechts**geschäfte die Rede sein kann. Der actio q. m. c. sind mithin vom Nullitätssystem aus alle diejenigen Fälle zuzuweisen, wo Jemand durch den Zwang zu einer Handlung anderer Art oder durch den Zwang zu einem Unterlassen in Nachtheil gerathen ist. Im § 6. Seite 38 ff. ist bereits von diesen anderen Fällen die Rede gewesen und zugleich darauf hingewiesen, daß die actio q. m. c. nicht blos da eintritt,

wo der durch Zwang erlittene Nachtheil ein rechtlicher, sondern auch wo er ein factischer ist. Hier mag eine Uebersicht der Fälle der ersteren Art, d. h. der Fälle, wo der Nachtheil als ein rechtlicher erscheint, gegeben werden:

1. Der Zwang ist gerichtet auf ein Unterlassen.

a. Der rechtliche Nachtheil besteht in dem Nichterwerb eines Rechts, dessen Erwerbung dem Gezwungenen in der Weise eröffnet war, daß es lediglich von seinem Willen abhing, es zu erwerben. — Diesem Falle steht auch der gleich, wenn dem Gezwungenen die Möglichkeit, von einer Verpflichtung befreit zu werden, in der gleichen Weise gegeben war.

α. Der Wille der Privaten (sei es ein einseitiger oder zweiseitiger) hatte mit dem Unterlassen die fragliche Folge verbunden.

Beispiele: ich unterlasse die Antretung der Erbschaft, die mir deferirt war mit der Bedingung des Antritts an einem bestimmten Tage oder bis zu einem bestimmten Termine — ich unterlasse, von einem Dritten gezwungen, die Bedingung zu erfüllen, unter welcher mir mein Gläubiger die Schuld erlassen — ich unterlasse, von einem Dritten gezwungen, meine bis Neujahr gemiethete Wohnung am Johannistage zu kündigen, während es nach dem Inhalte des Miethvertrags in meiner Macht stand, das Ende des Miethvertrags durch eine Johannis erfolgende Kündigung schon zu Michaelis herbeizuführen.

β. Die fragliche Folge tritt vermöge rechtlicher Vorschrift (oder eines richterlichen Erkenntnisses) ein.

Beispiele: ich habe eine überschuldete Erbschaft angetreten, und unterlasse die Errichtung eines Inventars, ich unterlasse, von einem Dritten gezwungen, die prohibitio, die mir das interdictum quod vi aut clam verschafft hätte — ich unterlasse die Naturalrestitution innerhalb des im arbitrio festgestellten Zeitraums, wodurch ich von der Verpflichtung, das quadruplum dem Gezwungenen zu ersetzen, befreit werden würde.

b. Der rechtliche Nachtheil besteht in dem Verluste eines Rechts, oder in der Uebernahme einer Verbindlichkeit. Auch hier ist möglich

α. der Wille der Privaten hat die fragliche Folge von dem Unterlassen abhängig gemacht.

Beispiele: ich habe unter einer Conventionalpön mich zu einer positiven Handlung verpflichtet, in der Weise daß dieselbe absolut, ohne daß es auf ein Verschulden von meiner Seite ankommt, mit dem Unterlassen verfallen sein solle — ich habe für den Fall des Unterlassens meinem Schuldner die Schuld erlassen, und werde von einem Dritten zum Unterlassen gezwungen.

β. Das Recht (oder ein richterliches Erkenntniß) hat die fragliche Folge von dem Unterlassen abhängig gemacht.

Beispiele: Untergang einer Servitut durch non usus, Klagverjährung, Nichterhebung der Klage bei einer provocatio ad agendum.

2. Der Zwang ist gerichtet auf ein positives Thun. — Auch hier lassen sich dieselben Unterscheidungen machen, wie in dem Falle sub 1, doch ist die nähere Ausführung ohne Interesse. Aus dem Obigen geht nämlich zur Genüge hervor, daß wenn das Gebiet der actio q. m. c. sich vom Nullitätssystem aus auf die Fälle dieser Art, — in denen der Zwang auf eine andere Handlung gerichtet ist als auf Abschluß eines Rechtsgeschäfts — beschränken müßte, dasselbe immer noch als ein umfangreiches erscheinen würde. Zugleich aber muß uns in den angeführten Beispielen die nahe Verwandtschaft mit den Fällen entgegentreten, wo der Zwang auf den Abschluß eines Rechtsgeschäfts gerichtet ist. Schon oben § 6. Anmerk. 11. Seite 39 ist hierauf hingewiesen, um der Begründung für die Ausdehnung der actio q. m. c. auf diese Fälle durch Aussprüche der Quellen einen neuen, in der Sache selbst liegenden, Grund hinzuzufügen: hier soll daran wiederholt erinnert werden, um die Frage damit zu verbinden, ob denn nicht, wenn schon die Quellen zur Anstellung der actio q. m. c. gegen dritte Perso-

nen den Abschluß eines Rechtsgeschäfts verlangen, wenigstens derselbe innere Grund für die Zulassung der fraglichen Klage auch in diesen Fällen spricht. Wenn der A zum Erben eingesetzt, von C gezwungen, das deferirte Erbrecht ausschlägt, und in Folge hiervon der B als nächster Verwandter des Verstorbenen Erbe wird, so hat der A die actio q. m. c. gegen den B auf Herausgabe der Erbschaft (vergl. oben § 6. sub II, A Seite 41). Soll er die gleiche Klage nicht haben in dem Falle, wenn der Erbeseinsetzung die Worte „falls der A an meinem Leichenbegängniß Theil nehmen wird", in der Weise beigefügt waren, daß die auf den wirklichen Eintritt gerichtete Absicht des Testators deutlich erhellt, und nun der C ihn zwingt, nicht Theil zu nehmen? Aber der Unterschied ist zwischen beiden Fällen, daß, wenn die erzwungene Erklärung als nichtig gilt, der A im ersteren Falle nicht behindert ist, auch nach der Ausschlagung die Erbschaft anzutreten, während eine gleiche Befugniß ihm im zweiten Falle nicht zusteht. Daß auch in dem letzteren Falle die actio q. m. c. gegen den Zwingenden (auf das Interesse) zugelassen wird, hängt mit der Ausbildung derselben als einer Delictsklage zusammen, während die actio q. m. c. in ihrer Richtung gegen dritte Personen als ein Rechtsmittel erscheint, darauf berechnet, praktisch dasselbe Resultat zu erreichen, als wenn der Rechtssatz bestände, erzwungene Rechtsgeschäfte sind nichtig (vergl. oben Seite 47 f.).

B. Aber auch selbst bei Rechtsgeschäften kann von einer Nichtigkeit nur in so weit die Rede sein, als es zu deren Wirksamkeit auf den Willen des Gezwungenen ankommt. Es giebt nun einestheils Fälle, wo mit denjenigen Thatsachen, die für den Abschluß des Rechtsgeschäfts wesentlich sind, Wirkungen verbunden sind, die unabhängig sind von dem auf Eingehung solcher Rechtsgeschäfte gerichteten Willen des Gezwungenen — anderentheils Fälle, wo mit den Thatsachen, die den Abschluß des Rechtsgeschäfts enthalten, noch andere Thatsachen, ohne selbstständige Bedeutung, allein hervorgerufen durch jenes Rechtsgeschäft, sich verbinden, die unabhängig von dem auf den

Abschluß des Rechtsgeschäfts gerichteten Willen eine Veränderung zum Nachtheil für den Gezwungenen herbeiführen. Ein Beispiel der ersten Art: der A wird von B gezwungen, ihm eine Sache zu verkaufen und sofort zu tradiren. Hier ist weder ein Kaufcontract existent geworden, noch Eigenthum übergegangen,[1] weil es hiezu des auf Eingehung des Kaufcontracts und des auf Uebertragung des Eigenthums gerichteten Willens auf Seiten des Gezwungenen bedurfte. Aber unabhängig von seinem Willen ist der Verlust des Besitzes eingetreten. Ein Beispiel der zweiten Art: der Gläubiger zwingt den Schuldner zum Erlaß der Forderung und zur Vernichtung des Schulddocuments.[2] In allen diesen Fällen ist für den Gezwungenen ein Nachtheil eingetreten, der mit der Annahme der Nichtigkeit des erzwungenen Rechtsgeschäfts nicht gehoben ist — in allen diesen Fällen ist daher die actio q. m. c. auch vom Nullitätssystem aus nicht entbehrlich.

In einigen dieser Fälle giebt es überhaupt — wenigstens abgesehen von der absolut subsidiären actio doli — kein anderes Rechtsmittel als die aus dem im Zwange liegenden Delicte entspringende actio q. m. c., z. B. in dem Falle, wenn der Zwang auf Erlaß der Schuld und Vernichtung des Schuldscheins gerichtet war, und die Schuld — um den Fall so zu setzen, daß ein Interesse auf Seiten des Gläubigers an der Ausstellung eines neuen Schuldscheins vorliegt — erst nach Jahren fällig ist. In anderen

---

1) Richtiger: es liegt zu Gunsten des Gezwungenen eine relative Nullität vor.

2) Oder man setze, der Gläubiger ist zur Rückgabe des Schuldscheins gezwungen, oder: der Zwang war gerichtet auf ein Schenkungsversprechen und Ausstellung wie Uebergabe eines darüber redenden Documents. Auch hier sind mit den Thatsachen, die den Abschluß des Rechtsgeschäfts enthalten (Erlaßvertrag — Schenkungsversprechen) andere Thatsachen verbunden, die unabhängig von dem Willen eine nachtheilige Veränderung für den Gezwungenen zur Folge haben, der Unterschied dieser Beispiele von dem obigen Beispiel der Vernichtung des Schulddocuments liegt aber darin, daß in diesen die neben dem eigentlich bezielten Rechtsgeschäfte hergehenden Thatsachen (Uebergabe der Schuldurkunde) selbst wiederum den Abschluß eines neuen Rechtsgeschäfts (Eigenthums- und Besitzes-Uebertragung) involviren.

Fällen bedarf es zur Ausgleichung freilich nicht nothwendig einer besonderen aus der Thatsache des Zwanges originirenden Klage. War der Zwang auf sofortige Eigenthumsübertragung gerichtet, so wird, da das Eigenthum re vera nicht übergegangen, die rei vindicatio oder die publiciana in rem actio zum Ziele führen. Aber auch hier ist das Bedürfniß einer besonderen Klage nicht zu verkennen. In einer Reihe von Fällen führt die Eigenthumsklage überhaupt nicht zum Ziele. Man denke sich, die Sache war dem Gezwungenen völlig unentbehrlich, so daß er zur sofortigen Anschaffung einer neuen Sache derselben Art genöthigt war. Sein Interesse besteht in der Differenz des Kaufpreises, den er vom Zwingenden erhalten und den er selbst bezahlt, und diese Differenz kann er mit der Eigenthumsklage nicht verfolgen. Oder man setze: der Gezwungene hat in Folge der erzwungenen Veräußerung einer Sache, die er zum täglichen Betriebe bedurfte, und deren Anschaffung ihm auf der Stelle nicht möglich war, einen Vermögensnachtheil erlitten. Oder: der Gezwungene kann weder sein Eigenthum, noch seine bonae fidei possessio beweisen, er weiß nicht mehr, wann und von wem die Sache gekauft worden. Oder der Gezwungene war weder Eigenthümer, noch bonae fidei possessor, sondern nur Besitzer.[3] Oder der Zwingende veräußert die Sache an einen Dritten, bei dem sie untergeht, oder deteriorirt wird.[4] Oder der Zwang bestand in dem Verkauf und der Eigenthumsübertragung an eine dritte Person, die sich auf der Stelle mit dem Kaufobjecte entfernte, ohne daß deren Aufenthalt bekannt ist.

Hier entsteht die Frage: muß der Inhalt der Verurtheilung (und eben damit auch das petitum der Klage bei Erhebung der actio q. m. c.) nicht von dem Nullitätsprincipe aus ein anderer sein, als dieses nach dem R. R. der Fall war, in welchem die Ausbildung dieser Klage von dem entgegenstehenden Grundsatz aus

---

[3]) Man könnte hier freilich an eine condictio des Besitzes denken (condictio ob turpem causam).

[4]) Es ist gewiß nicht unbedenklich, den Zwingenden hier ohne Weiteres als dolo desinens possidere zu betrachten.

erfolgte (vergl. oben § 3. Seite 13). Nach R. R. ging die Klage bei einer erzwungenen Eigenthumsübertragung auf Rückübertragung des Eigenthums.[5] Muß man nicht von dem Nullitätssystem aus sagen, das petitum und die Verurtheilung kann nur auf Uebertragung des Besitzes gerichtet sein — praktisch wichtig in solchen Fällen, wo etwa für die Uebertragung des Eigenthums besondere Formvorschriften bestehen? — Nach R. R. ging in dem Falle, wo der Schuldner den Gläubiger zum Erlaß der Forderung und zur Auslieferung des Schulddocuments gezwungen hatte, die Klage auf Constituirung einer neuen Obligatio und Rückgabe des Schuldscheins, wo ein erzwungenes Schenkungsversprechen, verbunden mit der Ausstellung und Uebergabe eines darüber redenden Documents vorlag, auf Erlaß der Forderung und Aushändigung des Schuldscheins. Muß man nun nicht von dem gewonnenen Standpunkte aus sagen: in allen diesen Fällen kann weder von der Verpflichtung zur Constituirung einer neuen Obligatio, noch zu einem Erlaßvertrage die Rede sein, da in dem erstgedachten Falle der Erlaßvertrag, in dem letztgedachten das Schenkungsversprechen nichtig ist, und die Verpflichtung des Zwingenden kann sich somit nur auf die Aushändigung der in Folge des Zwanges ihm übertragenen Documente beschränken? Wollte man dieses sagen, so würde man übersehen, daß die Nichtigkeit bei Rechtsgeschäften zwischen dem Zwingenden und dem Gezwungenen nur eine relative ist, d. h. daß es lediglich in der Willkür des Gezwungenen steht, dieselbe geltend zu machen. Er kann demnach ohne Zweifel auch die Rückübertragung des Eigenthumes, die Constituirung einer neuen Obligatio 2c. verlangen.[6]

---

[5]) Wir sehen hier ab von der Verurtheilung auf das quadruplum, und erheben den Inhalt des arbitrii de re restituenda zum Inhalt der Verurtheilung (vergl. oben § 6. Seite 32 ff.).

[6]) Indem er sich dem Zwingenden gegenüber auf den Standpunkt der Gültigkeit eines erzwungenen Rechtsgeschäfts stellt. Damit hat er aber solche Gültigkeit nicht anerkannt, was z. B. wichtig werden könnte, wenn für die alte Obligatio ein Pfandrecht bestellt war, und es nachher zum Concurse über das Vermögen des Zwingenden kommt.

Betrachten wir jetzt die actio q. m. c. in ihrer Richtung gegen dritte Personen in den hier (sub B) zur Rede stehenden Fällen, so leuchtet gleichfalls ein, daß diese Klage nicht blos einfacher zum Ziele führt,[7] sondern auch in solchen Fällen, wo der Gezwungene sein Eigenthum nicht beweisen kann, oder vielleicht gar nicht einmal Eigenthümer war, nicht zu entbehren ist, wenn schon dieselbe dringende Nothwendigkeit für die Zulässigkeit einer aus dem bloßen facto des Zwanges originirenden Klage wie in dem Verhältniß des Gezwungenen zum Zwingenden nicht vorliegt.[8]

Während aber das petitum der Klage und der Inhalt der Verurtheilung in dem Verhältniß des Gezwungenen zum Zwingenden auf Rückübertragung des Eigenthums, resp. auf Constituirung einer neuen Obligatio, oder Abschluß eines Erlaßvertrages gerichtet sein darf, muß es hier in dem Verhältniß des Zwingenden zum Dritten, wo keine blos relative, sondern eine absolute Nullität vorliegt, anders stehen. Wo es sich um eine erzwungene Veräußerung handelt, sei es nun, daß der Vertrag unmittelbar zwischen dem Gezwungenen und dem Dritten abgeschlossen ist, oder daß der Zwingende die Sache an einen Dritten weiter veräußert hat, da kann auch der Gezwungene nur die Uebertragung des Besitzes fordern, wo der Zwang auf Uebernahme einer Verbindlichkeit des Gezwungenen gegen einen Dritten und auf Ausstellung und Aushändigung eines Schulddocuments gerichtet war, kann nur die Rückgabe des Schulddocuments beansprucht werde, und ebenso in dem Falle, wo es sich um einen erzwungenen Erlaßvertrag zwischen

---

[7]) Wenn der B den A zwingt ihm eine Sache zu verkaufen und zu tradiren, demnächst dieselbe an den C verkauft, würde der A doch auch bei angestellter Eigenthumsklage gegen den C replicando den Zwang geltend machen müssen. Einfacher ist hier die Zwangsklage.

[8]) In dem Verhältniß des Gezwungenen zum Zwingenden war ganz vornämlich eine Klage aus dem Facto des Zwanges dieserhalb geboten, weil der Gezwungene nur mittelst einer solchen Klage sein Interesse geltend machen konnte. Vergl. die obigen Beispiele. In der Richtung gegen den Dritten ist aber das Interesse des Klägers nicht maßgebend (vergl. § 6. S. 46 ff.).

dem Gezwungenen und dem Dritten und die Rückgabe des Schuldscheins handelt.

Demnach concurriren in den hier zur Rede stehenden Fällen, wenn wir speciell den Fall einer erzwungenen Eigenthumsübertragung vor Augen haben, sowohl in dem Verhältniß des Gezwungenen zum Zwingenden als zu einer dritten Person die actio q. m. c. mit der rei vindicatio, respective der publicana in rem actio.[9] In folgenden Punkten, rücksichtlich welcher man geneigt sein könnte, einen Unterschied zu suchen, ist ein solcher nicht erfindlich:

1. Nicht blos bei der actio q. m. c., sondern auch bei der Eigenthumsklage hat der Gezwungene an den Beklagten den Preis zu erstatten, den er selbst für die Sache vom Zwingenden erhalten (vergl. § 6. in fine, Seite 51 ff. und § 8. sub 7, Seite 69 ff.).

2. Beim Concurse des Besitzers führt ebensowohl die persönliche actio q. m. c. als die dingliche Klage zum Ziele. Zweifelhaft könnte dieses rücksichtlich der ersteren Klage erscheinen. Vom Standpunkte der Gültigkeit erzwungener Rechtsgeschäfte aus bedürfte es hier, um dem Gezwungenen zu helfen der restitutio in integrum (vergl. oben § 7. Seite 59 f.). So wie aber anerkannt wird, ein erzwungenes Rechtsgeschäft ist nichtig, kann es in dieser Hinsicht keinen Unterschied machen, ob der Gezwungene die persönliche oder die dingliche Klage erhebt, es genügt, daß er die letztere erheben **konnte**.[10]

3. Der rei vindicatio gegenüber kann der Dritte[11] sich auf die Ersitzung berufen, und zwar nicht blos für den Fall, wenn er die Sache von dem Zwingenden, sondern auch wenn er sie unmittelbar z. B. im Wege eines Kaufcontracts vom Gezwungenen erworben hatte trotz der Nichtigkeit des Kaufcontracts.[12] Ist eine

---

[9]) Vergl. die Beilage.

[10]) Aehnlich wie auch derjenige, welcher mit der actio depositi directa im Concurse auftritt, zu der Zahl der s. g. Vindicanten gehört.

[11]) Der ja hier immer als des Zwanges nicht kundig gedacht wird, indem er widrigenfalls als Theilnehmer am Zwange erscheinen würde.

[12]) Ein ähnlicher Fall l. 7. § 7. D. de publ. (6, 2) Marcellus libro

Berufung hierauf auch der actio q. m. c. gegenüber statthaft? Gewiß ist die Frage zu bejahen. Eine Bestätigung würde in der § 8. Seite 69 angezogenen l. 3. Cod. de his quae vi (2, 20) liegen, wenn man dort an die actio q. m. c. denken dürfte, was jedoch, wie wir gesehen, nicht der Fall ist. Gerade umgekehrt scheint die l. 5. Cod. quib. non obj. l. t. praescriptio (7, 35) und die l. 7. Cod. de pet. her. (3, 31)[13] solcher Berufung im Wege zu stehen. Nach beiden Stellen ist nämlich die Vorschützung der l. t. praescriptio gegen eine persönliche Klage ausgeschlossen und nur der Eigenthumsklage gegenüber statthaft. Von dem Standpunkte aus, erzwungene Rechtsgeschäfte sind gültig, war natürlich der dritte Besitzer Eigenthümer, daher denn von diesem Standpunkte aus, von einer longi temporis praescriptio (dem Surrogate für die usucapio bei praediis provincialibus) der Klage des Gezwungenen gegenüber nicht die Rede sein konnte. Als aber die Nichtigkeit der erzwungenen Rechtsgeschäfte anerkannt wurde, als mithin der zur Veräußerung Gezwungene nach wie vor als Eigenthümer galt, da mußte auch demjenigen, der die Sache bona fide vom Zwingenden[14] gekauft, die Möglichkeit der Usucapion (beziehungsweise bei praediis provinc. die Berufung auf die longi temporis praescriptio) gegeben werden. Und wenn dieses geschah, dann mußte auch das Gleiche bei der actio q. m. c., die auch von diesem Standpunkte aus bestehen bleibt, und in manchen Fällen allein zum Ziele führen kann, angenommen werden. Es ist ungereimt, dem dritten bonae fidei possessor der Eigenthumsklage gegenüber die Berufung auf Ersitzung zu gestatten, ihn aber der actio q. m. c. gegenüber, die nicht auf

---

XVII. Dig. scribit, eum, qui a furioso, ignorans eum furere, emit, posse usucapere. Vergl. l. 13. § 1. D. de usurp. (41, 3.)

[13]) Vergl. § 8. sub 7, Seite 70. Anmerk. 11.

[14]) Dasselbe muß auch gelten von dem, der die Sache b. f. unmittelbar vom Gezwungenen gekauft, was voraussetzt, daß der Zwang von einer anderen Person ausgegangen war, und der Erwerber von demselben nichts wußte.

einem Vertrage beruht, schlechter stellen zu wollen. — Vergl. übrigens die Beilage.

C. Es bleiben übrig die Fälle, in welchen das Rechtsgeschäft in allen seinen Bestandtheilen nichtig ist. Der Zwang war gerichtet auf Erlaß einer Forderung, auf Constituirung einer neuen Obligatio, auf Bestellung einer Servitut rc.

Auch hier ist in dem Verhältniß des Gezwungenen zum Zwingenden die actio q. m. c. theoretisch vollkommen gerechtfertigt, und einem praktischen Bedürfnisse entsprechend. Man setze den Fall, der A zwingt den B, ihm das Landgut, welches er bis Johannis 1870 in Pacht hat, auf weitere 10 Jahre unter den früheren Bedingungen pachtweise zu überlassen. Der B könnte freilich bis Johannis 1870 warten und den Abzug des A verlangen. Allein im Interesse des B ist es, baldigst eine Entscheidung herbeizuführen. Mittelst der actio q. m. c. steht ihm diese Befugniß zu, der Nachtheil, der als eine der Voraussetzungen dieser Klage erscheint, liegt in dem faktischen Bestehen des Vertrags, er kann die vertragsmäßige Aufhebung fordern, und der Gegner wird nicht vorschützen dürfen, daß der Vertrag nichtig, folglich einer Aufhebung im Wege vertragsmäßiger Uebereinkunft nicht fähig sei, da nur der Gezwungene bei einem mit dem Zwingenden abgeschlossenen Rechtsgeschäfte das Recht hat, die Nichtexistenz zur Geltung zu bringen. Auf Anerkennung der Nichtigkeit von Seiten des Richters kann die Klage nicht gerichtet sein, obwohl praktisch beides auf dasselbe hinaus läuft, weil die Execution, wenn der zum Abschluß eines solchen Aufhebungsvertrags verurtheilte Gegner dem desfallsigen Erkenntnisse nicht nachkommt, darin bestehen wird, daß der Vertrag nunmehr vom Richter für nichtig erklärt wird.

Anders steht die Sache aber, wenn der Gezwungene ein derartiges Rechtsgeschäft mit einem Dritten abgeschlossen hat. Eine Klage auf Aufhebung des Vertrages ist juristisch nicht construirbar, da das mit einem Dritten abgeschlossene Rechtsgeschäft, wenn erzwungen, so absolut nichtig, mithin einer Aufhebung durch einen neuen Vertrag nicht fähig ist, eine Klage aber auf richterliche An-

erkennung der Nichtigkeit ebensowenig Statt hat. Gleichwohl ist in dem factischen Bestehen des Rechtsgeschäfts in Verbindung mit der Ungewißheit einer demnächstigen richterlichen Entscheidung ein Nachtheil für den Gezwungenen gegeben, und würde ihm hier unbenommen bleiben, sich dieserhalb an den Zwingenden selbst mit der actio q. m. c. zu halten, der dann entweder die Anerkennung der Nichtigkeit von Seiten des Dritten dem Gezwungenen zu schaffen, oder ihm sein Interesse zu ersetzen hätte.

So besteht denn auch von dem Standpunkte der Nichtigkeit eines erzwungenen Rechtsgeschäfts aus die ursprünglich von der entgegengesetzten Auffassung aus näher ausgebildete actio q. m. c., zwar mit einzelnen Modificationen, aber im Wesentlichen unverändert fort.

II. Die exceptio metus anlangend, so ist schon oben § 14. Seite 128 bemerklich gemacht worden, daß dieselbe vom Standpunkte des Nullitätssystems meistens ihre Natur als exceptio verlieren und lediglich als Einrede wider die Entstehung des Rechts eintreten müsse. Bestimmter gesagt ist dieses bei allen erzwungenen Rechtsgeschäften — einseitigen wie zweiseitigen — der Fall. Von der Betrachtung aus, daß das erzwungene Rechtsgeschäft an sich gültig ist, steht dem aus solchem Rechtsgeschäft Belangten nur frei, mittelst der exceptio metus ein Recht auf seiner Seite zur Geltung zu bringen, welchem im Collisionsfalle das klägerische Recht weichen muß. Auf dem entgegengesetzten Standpunkte ist von einem Gegenrechte nicht die Rede. Indem der Beklagte sich auf den metus beruft, macht er geltend, das in Anspruch genommene Recht ist gar nicht zur Existenz gelangt, da das Rechtsgeschäft, weil erzwungen, nichtig ist. Als Einrede erscheint die Berufung auf den Zwang aus dem gleichen Grunde, aus welchem auch die Nichtigkeit des Vertrags wegen eines wesentlichen Irrthums auf dem Wege der Einrede geltend gemacht werden muß — weil es eben nur Sache dessen ist, der aus einem Rechtsgeschäfte ein Recht ableitet, die besonderen Voraussetzungen dieses Rechtsgeschäfts zu behaupten (eventualiter erweislich zu machen),

nicht aber die Abwesenheit solcher Hindernisse, welche die Entstehung eines jeden Vertrags gehindert haben würden. So ist es denn eine Einrede, wenn der Gezwungene, aus einem Schenkungsversprechen belangt, sich darauf beruft, dasselbe sei erzwungen, mithin nichtig — so ist es auch eine Einrede, um ein Beispiel eines einseitigen Rechtsgeschäfts zu nehmen, wenn der A zum Erben eingesetzt von dem Substituten B gezwungen wird, auszuschlagen, und nun auf Herausgabe der Erbschaft von dem B belangt sich auf den Zwang beruft. Denn er macht eben damit geltend, daß eine Ausschlagung der Erbschaft nicht Statt gehabt, mithin auch das Erbrecht des Substituten, welches durch eine Repudiation von seiner Seite bedingt war, gar nicht existent geworden sei. Daß übrigens die fragliche Einrede nicht blos vom Gezwungenen einer Klage von Seiten des Zwingenden oder des Dritten, falls mit einem Dritten das erzwungene Rechtsgeschäft abgeschlossen ist, entgegengesetzt werden kann, sondern daß auch in dem letztern Falle der Dritte einer etwaigen Klage von Seiten des Gezwungenen gegenüber, falls dieser ex post das ursprünglich erzwungene Rechtsgeschäft seinem Interesse gemäß finden sollte, befugt ist, die Nichtigkeit im Wege einer Einrede zur Geltung zu bringen, haben wir früher gesehen (vergl. § 15. Seite 142 f.).

Nur da, wo eine erzwungene Handlung anderer Art als Abschluß eines Rechtsgeschäfts zur Frage steht, — nur da hat die exceptio metus in den Fällen, wo sie hier überhaupt gedenkbar erscheint (vergl. hierüber § 7. Seite 54 f.), ihre Natur als exceptio behalten.

III. Was endlich die in integrum restitutio ex capite metus anlangt, so ist diese bei erzwungenen Rechtsgeschäften weder nöthig, noch zulässig. Sie beschränkt sich mithin auf eine erzwungene Unthätigkeit, wird hier aber meistens mit der Ausdehnung, welche die in integrum restitutio propter absentiam erfahren hat, zusammenfallen.

Fragen wir schließlich nach der **praktischen Bedeutung** des gewonnenen Resultats, so reducirt sich dieselbe auf wenige einzelne

Punkte. Im Großen und Ganzen ist es praktisch einerlei, ob ein erzwungenes Rechtsgeschäft an sich gültig, mittelst der actio q. m. c. und der exceptio metus rescindirt, oder ob es als nichtig betrachtet wird. Allein ohne alle praktische Bedeutung ist das Resultat der bisherigen Ausführungen keineswegs. Zunächst gilt dieses von den letztwilligen Verfügungen, bei welchen die Annahme einer bloßen Rescissibilität juristisch unmöglich ist (vergl. oben Seite 80 ff.), weshalb denn auch Viele, die im Uebrigen an der Gültigkeit einer erzwungenen Willenserklärung festhalten, gerade hier eine Ausnahme statuiren. Ein zweiter Punkt ist folgender: von der Annahme der Nichtigkeit aus steht bei erzwungenen Veräußerungen dem Gezwungenen das Recht zu, die Sache zu vindiciren — wichtig insbesondere bei einem Concurse über das Vermögen des Zwingenden oder eines dritten Besitzers; die Befugniß zur in integrum restitutio, welche der entgegengesetzte Standpunkt gestattet, bietet hier nicht immer einen genügenden Ersatz, da diese auch abgesehen von der eigenthümlichen causae cognitio manchen einzelnen Beschränkungen unterworfen ist, unter welchen die kurze Verjährungsfrist obenan steht. Ein dritter Unterschied tritt hervor, wenn das erzwungene Rechtsgeschäft mit einer dritten des Zwangs unkundigen Person abgeschlossen worden ist; von der Nichtigkeitstheorie aus ist hier ein Vertrag gar nicht zu Stande gekommen, von der entgegengesetzten Auffassung steht nur dem Gezwungenen die Befugniß zu, eine Rescission herbeizuführen.

Das sind die Hauptpunkte; aber auch abgesehen von diesen giebt es manche einzelne Unterschiede, auf die theilweise schon oben beiläufig hingewiesen worden ist. So z. B. ist das petitum der Klage (und dem entsprechend die Verurtheilung) bei einer erzwungenen Veräußerung gegen dritte Personen (vergl. oben Seite 156) nicht auf die Rückübertragung des Eigenthums, sondern auf Restitution des Besitzes gerichtet. Alle Unterschiede aufzuführen kann nicht die Aufgabe sein; auch bei dem speciellsten Eingehen auf Einzelheiten wird sich nicht behaupten lassen, daß nur diese und

keine andern Unterschiede vorhanden seien. Sache der Praktiker ist es gerade hier die Theorie zu bereichern, indem diese Gelegenheit haben, in den dargebotenen Fällen des wirklichen Lebens die Consequenzen der einen und der andern Auffassung hervorzukehren, Sache der Theoretiker, hier aus dem wirklichen Leben und von den Praktikern zu lernen. Im Allgemeinen muß man freilich zugeben, daß hier diese Quelle nicht gerade reichlich fließen wird, wenn schon Fälle erzwungener Rechtsgeschäfte dem Verfasser in der kurzen Zeit seiner richterlichen Thätigkeit begegnet sind.

Darin liegt schon, daß die vorstehende Abhandlung keine erhebliche praktische Bedeutung für sich in Anspruch nehmen kann. Die Bedeutung besteht — wenn derselben anders überhaupt eine Bedeutung zukommt, worüber Andere zu richten haben — lediglich auf Seiten der Theorie, in der theoretischen Construction der Lehre vom Einflusse des Zwanges in Conformität mit den allgemeinen Grundsätzen über Rechtsgeschäfte.

Beilage.

Die Collision zweier bonae fidei possessores.

Es ist oben die Behauptung aufgestellt, daß der Gezwungene bei der erzwungenen Veräußerung einer Sache befugt sei, gegen eine dritte des Zwanges unkundige Person, mag das erzwungene Veräußerungsgeschäft unmittelbar mit dieser zu Stande gekommen sein, mag sie die Sache ex justa causa vom Zwingenden erworben haben, die publiciana in rem actio zu erheben, vorausgesetzt natürlich, daß er in der Lage ist, die Bedingungen der b. f. possessio für sich geltend zu machen. Man könnte hiergegen den Einwand erheben, daß der Dritte in einem solchen Falle auch seinerseits als b. f. possessor erscheint, und zwar ohne daß er sein Recht von einem und demselben Rechtsvorgänger ableitet, für welchen Fall das R. R. die Regel aufgestellt habe, melior est causa possidentis, quam petentis.[1]

Mit der Beseitigung dieses Einwandes, rücksichtlich dessen anerkannt werden muß, daß in den gedachten Fällen wirklich zwei b. f. possessores einander gegenüber stehn,[2] beschäftigt sich die

---

[1]) l. 9. § 4. D. de publ. (6, 2) Si duobus quis separatim vendiderit bona fide ementibus, videamus, quis magis publiciana uti possit, utrum is, cui priori res tradita est, an is, qui tantum emit? Et Julianus libro VII. Dig. scripsit, ut, si quidem ab eodem non domino emerint, potior sit, cui priori res tradita est, quodsi a diversis non dominis, melior causa sit possidentis quam petentis, quae sententia vera est. Vergl. Anmerk. 4.

[2]) In dem Falle, wo ein Dritter vom Zwingenden die Sache justo titulo und bona fide erworben, ist dieses von selbst klar, wenn man nicht anders den Zwingenden als einen malae fidei possessor und den Verkauf einer beweglichen Sache durch denselben ohne Vorwissen des Eigenthümers

nachstehende Ausführung, die aber auch abgesehen von der hier vertheidigten Theorie über den Einfluß des Zwanges ein allgemeines Interesse hat, und sofort aus dem Zusammenhange mit derselben getrennt werden soll, indem wir den Fall so denken: der Veräußerer war zur Zeit der Veräußerung furiosus, dem Erwerber dieses unbekannt; nachdem er sanae mentis geworden, will er gegen den Käufer, der auf Grund eines Putativtitels[3] als b. f. possessor erscheint (resp. gegen Denjenigen, an den der Käufer die Sache weiter veräußert hat) die publiciana in rem actio erheben.

Nach meiner Ansicht wird er mit der fraglichen Klage durchbringen, denn der Satz: melior causa est possidentis bedarf einer Beschränkung, die, soweit ich sehe, bisher noch nicht zur Geltung gebracht ist.

Die gewöhnliche Ansicht geht dahin, bei einer Collision zweier b. f. possessores entscheide der Besitz, es sei denn, daß beide ab eodem non domino ihr Recht ableiten, in welchem Falle derjenige obtinire, cui priori res tradita est, in Gemäßheit des von Ulpian in l. 9. § 4. D. de publ. (6, 2) aufgestellten Grundsatzes. Ungeachtet der mindestens anscheinend[4] entgegenstehenden l. 31. § 2. D. de act. emt. 19, 1 ist diese Ansicht **richtig**, sofern sie den fraglichen Satz *melior est causa possidentis* als Regel hinstellt, da eben der Berufung des Klägers auf seine b. f. possessio die gleiche Berufung des Beklagten im Wege einer exceptio entgegensteht, weiter **richtig**, in sofern sie den beregten Fall als

---

als ein furtam ansehen will, von welcher Ansicht aus man sich den Fall nur so gestaltet zu denken brauchte, daß der Gezwungene von der Veräußerung Kunde hat. Im anderen Fall, wo der Kaufcontract unmittelbar zwischen dem Gezwungenen und einem Dritten, der vom Zwange keine Kunde hat, zu Stande gekommen, liegt zwar kein Kaufcontract vor, wohl aber ein Putativtitel, der wie zur Usucapion, so zur Publiciana berechtigt.

[3]) Vergl. l. 7. § 2. D. de publ. (6, 2) Marcellus libro XVII. Dig. scribit, eum, qui a furioso, ignorans eum furere, emit, posse usucapere, ergo et publicianam habebit. Ueber die l. 2. § 16. D. pro emt. (41, 4) weiterhin.

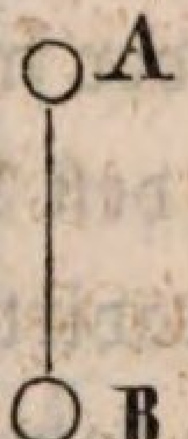
[4]) Die verschiedenen Vereinigungsversuche interessiren hier nicht. Vergl. Vangerow I, S. 761 ff.

eine Ausnahme anerkennt, **unrichtig** aber, so fern sie ihn als einzigen Ausnahmsfall hinstellt.

Von jener Regel, melior causa est possidentis tritt nach dem Bemerkten

I. zunächst da eine Ausnahme ein, wo die exceptio bonae fidei possessionis vom Kläger durch die replica rei venditae et traditae[5] zurückgeschlagen werden kann — wenn entweder der eine von dem andern die Sache erworben, oder aber beide von demselben Autor ihr Recht ableiten, in welchem Falle die frühere Tradition die Befugniß zu jener Replik gewährt. — In der That ist dieses so ziemlich allgemein anerkannt. Wenn dennoch im Nachstehenden auf die einzelnen Fälle näher eingegangen, und das Gesagte obenein umständlich durch Zeichnungen (bei denen der Strich | auf das Autorenverhältniß hinweisen, der Strich links die frühere, rechts die spätere Tradition hervorheben soll) veranschaulicht werden wird, so geschieht dieses lediglich deshalb, um die klare Einsicht in die ganz analogen Fälle der zweiten Classe (sub II) zu erleichtern. Eines Quellenbeweises bedarf es bei dieser Ausführung sub I nicht, da die bezüglichen Stellen fast in jedem Lehrbuche hervorgehoben sind.

1. In der einfachsten Gestalt ist der Fall so zu denken:



A, der eine Sache justo titulo und bona fide erworben, verkauft und tradirt sie dem B, weigert sich aber, die zufällig wieder in seine Hände gelangte Sache dem B herauszugeben. Der B wird mit der publiciana obtiniren, da ihm gegen die exceptio b. f. possessionis des A die replica rei venditae et traditae zu Gebote steht, welche übrigens, abweichend von den Fällen sub 3 und 4

[5]) Es bedarf kaum der Bemerkung, daß des Kaufes nur beispielshalber hier gedacht ist.

nicht als wahre exceptio[6] gegen die exceptio b. f. possessionis sondern als Einrede erscheint, mittelst welcher die Thatsache, daß die b. f. possessio des A ein Ende erreicht hat, zur Geltung gebracht wird. Ob es hier noch überall der Vorschützung dieser Replik bedarf, ob man nicht vielmehr richtiger sagen muß, daß die exceptio b. f. possessionis hier ausgeschlossen ist, weil der factische Grund der Klage schon das genügende Material zu dieser Replik enthält, mit anderen Worten: weil schon aus den zur Begründung der Klage erforderlichen Thatsachen erhellt, daß das Recht, welches mittelst der exceptio b. f. possessionis zur Geltung gebracht werden soll, erloschen ist, kann auf sich beruhen bleiben. Denn auch, wenn man dieses annimmt, erkennt man an, daß an und für sich die exceptio b. f. possessionis begründet ist, da es nur Sache des Beklagten ist geltend zu machen, daß das Recht existent geworden, nicht auch daß es noch gegenwärtig dauert, d. h. daß es nicht wieder erloschen ist, und nur in dem gegebenen Falle der Beklagte mit der fraglichen exceptio deshalb nicht gehört wird, weil bereits aus den der Klage zu Grunde gelegten Thatsachen das Erlöschen jenes Rechts sich ergiebt. Man braucht auch in der That sich den Fall nur ein wenig anders gestaltet zu denken, damit die Vorschützung der exceptio b. f. possessionis an sich unbedenklich erscheint, und es der fraglichen Replik wirklich bedarf. Man setze, der A hat dem C den Auftrag gegeben, die Sache zu verkaufen. C verkauft und tradirt dieselbe dem B, ohne des Auftrags zu erwähnen, die Sache kommt zufällig in die Hände des A zurück. B stellt die publiciana in rem actio an, zu deren Begründung nicht die Berufung auf den Auftrag, sondern blos auf die Thatsache des Verkaufs und der Tradition gehört. A kann hier ohne Zweifel die exceptio b. f. possessionis geltend machen, indem er sich auf die Erwerbung von seinem Autor beruft; der

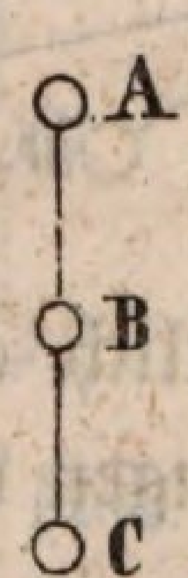
---

[6]) Eine wahre exceptio würde die Replik enthalten, wenn man sich den Fall so dächte, daß der A zur Zeit der Veräußerung nicht Eigenthümer ist, demnächst das Eigenthum erwirbt (etwa durch Beerbung des dominus) und nun die exceptio dominii geltend macht.

exceptio des A steht aber die replica rei venditae et traditae entgegen, die freilich auch hier als Einrede, nicht als exceptio erscheint.

Anerkannt muß werden, daß in diesem Falle sub 1 (und dasselbe gilt von dem Falle sub 2) von einer Collision zweier bonae fidei possessores genau genommen nicht die Rede sein kann, da ja der A aufgehört hat b. f. possessor zu sein, und man nur von einer Collision der actio publiciana mit der an sich begründeten, wiewohl durch eine Replik zu entkräftenden, exceptio b. f. possessionis reden darf (oder wenn man den A als Kläger denkt von einer Collision der an und für sich begründeten publiciana mit der exceptio b. f. possessionis)[7]. Will man deshalb diese beiden Fälle ausscheiden, so mag man es immerhin thun, die Verwandtschaft mit den Fällen sub 3 und 4 ist nicht zu verkennen, und die klare Einsicht in diese Fälle, wie in die Fälle der Classe sub II wird durch die Zusammenstellung wesentlich erleichtert.

2. Wie die fragliche Replik dem unmittelbaren Successor gegen seinen Autor zusteht, — im Falle sub 1 dem B gegen den A, — so wird sie auch dem Singularsuccessor gegen den Autor seines Autors gegeben,



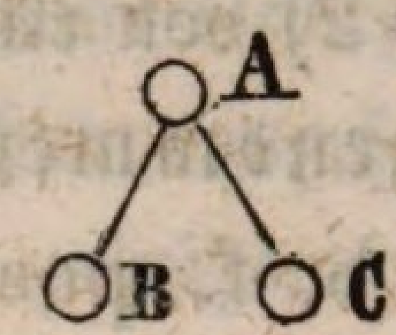
in dem hier dargestellten Falle dem C gegen den A, und ebenso allen Singularsuccessoren des C.

3. Wie die Replik dem Successor gegen seinen Autor zusteht, — im Falle sub 1 dem B gegen den A, so wird sie demselben auch gegen den Singularsuccessor seines Autors gegeben, vorausgesetzt jedoch daß dem letzteren die Sache später tradirt worden.

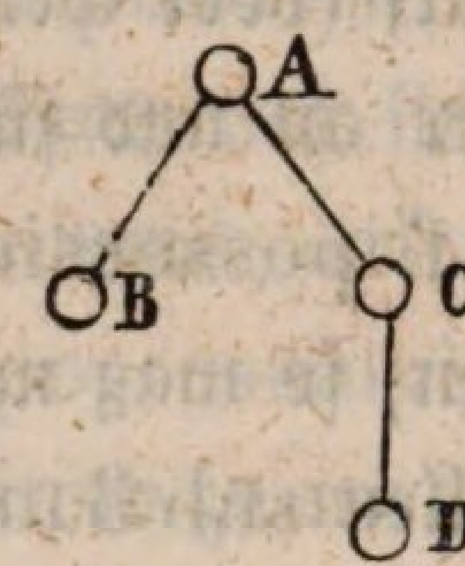
---

[7]) Genauer muß man hier von einer Einrede reden, mittelst welcher geltend gemacht wird, daß der A aufgehört habe, b. f. possessor zu sein.

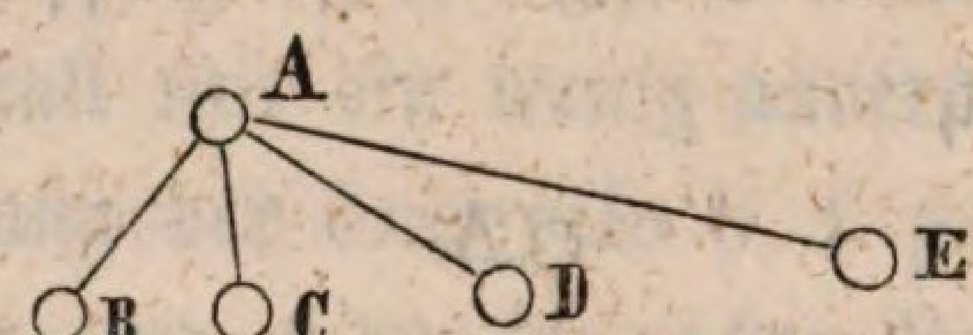
Mit andern Worten: wenn zwei b. f. possessores ihr Recht ab eodem autore ableiten, so obtinirt, cui priori res tradita est, und zwar nicht blos gegen denjenigen, der gleichfalls unmittelbar von demselben Autor die Sache erworben, — in dem Falle,



der B gegen C, — sondern auch gegen jeden Successor desselben — in dem Falle,



der B gegen den D. Denkt man sich hiernach den Fall, daß der A eine Sache zunächst dem B verkauft und tradirt, später dieselbe Sache, die zufällig wiederum in seine Hände kommt, dem C, dem D, dem E



so erscheinen B C D E sämmtlich als b. f. possessores (sofern nur weder in dem Zurückgelangen der Sache in die Hände des A, noch in dem weiteren Verkaufe ein furtum enthalten ist), aber ein jeder mit relativ schwächerem Rechte, der E muß dem Rechte des D, der D dem Rechte des C, der C dem Rechte des B weichen, und was von dem E gilt, trifft auch bei jedem Successor desselben zu.

Man kann hiernach sagen: die replica rei vend. et trad., die in dem einfachen Falle (sub 1), wo der A die Sache dem B verkauft und tradirt, dem letzteren zusteht, geht auf seine Singularsuccessoren über, die in gedachtem Fall gegen den ersteren begründet ist, ebenfalls gegen diejenigen Singularsuccessoren, die solches nachher geworden sind.

4. Es ist oben ausgesprochen, daß wenn der A dem B eine Sache verkauft und tradirt,

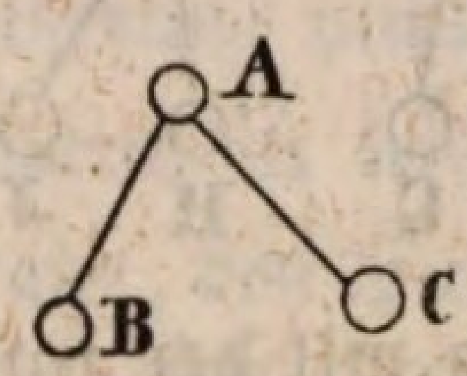
das Recht des *B* (die replica rei vend. et trad.) gegen den A auf die Successoren des B (activ) übergeht,



mithin auch dem C gegen den A zusteht,

desgleichen:

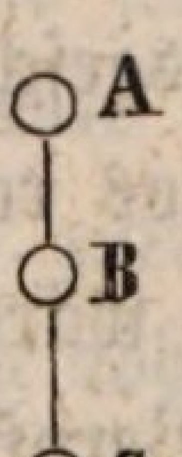
daß das Recht des B gegen den *A* auch (passiv) gegen die Successoren des A geht, mithin



dem B auch gegen den C zusteht.

Wir müssen nun aber weiter sagen:

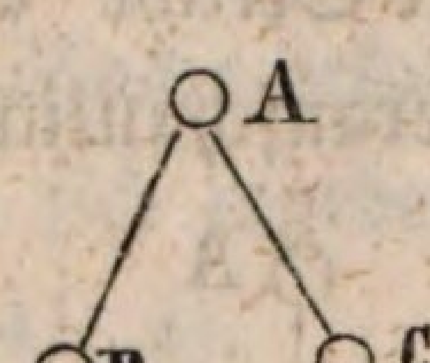
daß das Recht, welches in dem Falle



dem C gegen den A zusteht (die replica rei vend. et trad.), ihm auch gegen den Singularsuccessor des A (der solches nach der Tradition an den B geworden ist) beikommt,

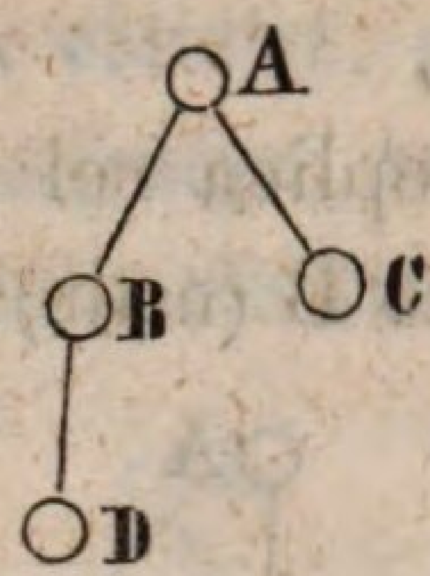
oder, was dasselbe ist,

daß das Recht, welches in dem Falle



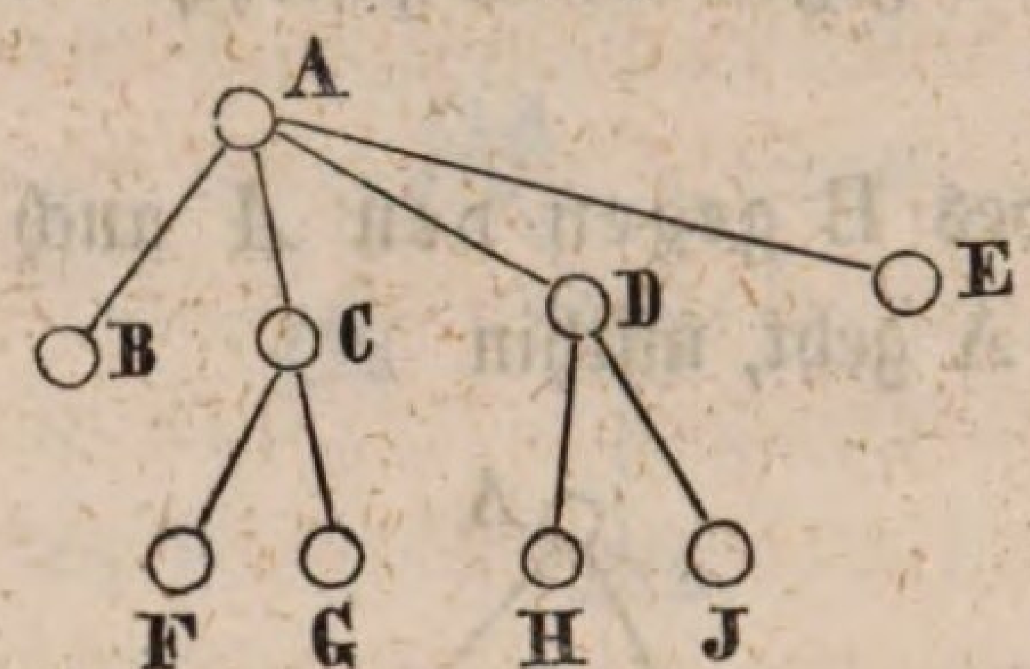
dem B gegen den C zusteht, auch auf den Successor des B übergeht.

Der Fall, den wir hiernach im Auge haben, ist folgender:



und würde in demselben der D gegen den C mit der publiciana durchdringen.

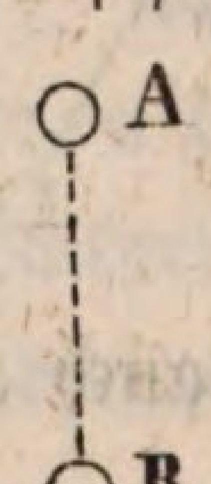
Nach den aufgestellten Grundsätzen würde nun in dem folgenden Falle



der E gegen jeden Dritten mit der publiciana durchdringen; er selbst muß dem J weichen, der J dem H, der H dem G, der G dem F. Allen würde der B vorgehen.

II. Eine zweite Ausnahme muß rücksichtlich solcher Fälle anerkannt werden, wo das Rechtsgeschäft, welches die Veräußerung enthält, nichtig (nicht etwa blos rescissibel) ist, d. h. auch wenn der Veräußernde Eigenthümer wäre, kein Eigenthum übertragen würde, und ebensowenig eine Verpflichtung zur Uebertragung des Eigenthums existent geworden ist, gleichwohl aber dem Erwerber die b. f. possessio zusteht, was beim ersten Erwerber nur möglich ist, insofern die Voraussetzungen für einen Putativtitel vorliegen.

1. In der einfachsten Gestalt ist der Fall, den wir durch nachstehende Zeichnung, bei der die Striche ⁞ ein nichtiges Veräußerungsgeschäft bezeichnen mögen, veranschaulichen wollen,



so zu denken: A, der eine Sache justo titulo und bona fide von x erworben, veräußert dieselbe in einem Augenblicke völliger Geistesstörung an den B, der von jener Störung keine Kenntniß hat. Hier stehen zwei b. f. possessores einander gegenüber, der A und der B (vergl. die angezogene l. 7. § 2. D. de publ.).

Nach der gewöhnlichen Ansicht würde hier in Ansehung der publiciana der Satz gelten: melior est causa possidentis. Ein jeder Theil wird, wenn er gegen den anderen klagen wollte, der exceptio b. f. possessionis gegenüber unterliegen, von einer replica rei vend. et trad. kann begreiflich auf Seiten des B keine Rede sein.

Dieses Resultat — daß der Veräußerer seinerseits in einem solchen Falle, wo die Veräußerung nichtig ist, mit der publiciana nicht sollte durchdringen können, ist leicht begreiflich ein wenig befriedigendes. Mit dem Satze, den Savigny in einem ganz ähnlichen Fälle aufstellt (System, Bd. VII, S. 308 f.) „jene Regel „Ulpians, melior est causa possidentis solle nur gelten als letzte „Aushülfe, wo übrigens alle Verhältnisse beider Theile völlig gleich „seien, so daß der Richter ohne jene Regel um eine Entscheidung „verlegen sein würde," ist nichts gewonnen, da die Entscheidung bei einer Collision zweier b. f. possessores auf keinen Fall von einem bloßen billigen Ermessen abhängig gemacht werden darf.

Die Sache ist die: wo eine Veräußerung nichtig ist, und eben so wenig eine Verpflichtung zur Eigenthumsübertragung rechtlich existent geworden, gleichwohl aber der Erwerber auf Grund eines Putativtitels b. f. possessor wird, da kann er sich wohl gegen dritte Personen auf solche b. f. possessio, sei es im Wege einer Klage oder einer exceptio, berufen, niemals aber Demjenigen gegenüber, von dem er die Sache bekommen. Für diesen, überdies aus der Natur der Sache sich ergebenden Satz spricht die Stelle l. 2. § 16. D. pro emt. (41, 4).

Si a furioso, quem putem sanae mentis, emero, consistit, usucapere utilitatis causa me posse, quamvis nulla esset

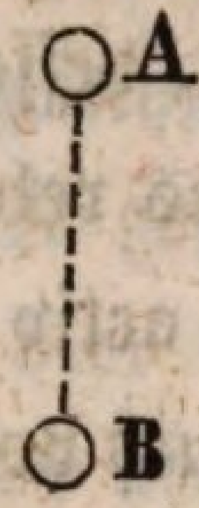
emtio, et ideo neque de evictione actio nascitur mihi, nec publiciana competit, nec accessio posssesionis.

Gegenüber der l. 7. § 2. D. de publ., welche mit Bestimmtheit dem Käufer in dem gleichen Falle die publiciana gewährt, kann diese Stelle, zumal bei der Zusammenstellung der publiciana in rem actio mit dem Anspruche auf Evictionsleistung und der accessio possesssionis — wie unter andern Vangerow richtig hervorhebt, Bd. I, S. 758 — nur auf das Verhältniß des Käufers zum furiosus bezogen werden. Den Worten nach wird freilich dem ersteren nur die publiciana gegen den furiosus abgesprochen — was sich von selbst versteht, da hier die replica rei vend. et trad. nicht Platz greifen kann — in der Sache selbst sollte aber sicherlich der Gedanke Ausdruck finden, daß abgesehen von der Möglichkeit der Ersitzung (die ja das Recht des verkaufenden furiosus vernichten würde) der Käufer dem Verkäufer gegenüber gar nicht als b. f. possessor gelten könne, wobei denn in leicht erklärlicher Weise gerade der Hauptwirkung der b. f. possessio (des Rechts zur publiciana) gedacht ist. Ist dieses aber der eigentliche Sinn, so ist ebendamit auch für den verkaufenden furiosus die Möglichkeit einer wirksamen Durchführung der publiciana gegeben, da der Käufer hiernach diesem gegenüber die exceptio b. f. possessionis nicht vorschützen kann.

Dem Falle, wo das die Veräußerung enthaltende Rechtsgeschäft nichtig, und ebensowenig eine Verpflichtung zur Eigenthumsübertragung existent geworden ist, steht auch derjenige gleich, wo der Verkauf und die Tradition von einer dritten Person in vermeintlichem, aber in Wirklichkeit nicht vorhandenem Auftrag des Eigenthümers ausgegangen ist. Hieraus erklärt es sich, daß nach der l. 57. D. mandati (17, 1) der Sclavenhändler gegen die Käufer nach vorgängiger Rescission der vollendeten Usucapion mit der publiciana durchdringt. So ist denn auch diese Stelle, über welche Savigny Bd. VII, S. 292—309 zu vergleichen ist, ein weiterer Beleg für die hier aufgestellte Ansicht.

Von dem gewonnenen Resultate aus schreiten wir weiter vor-

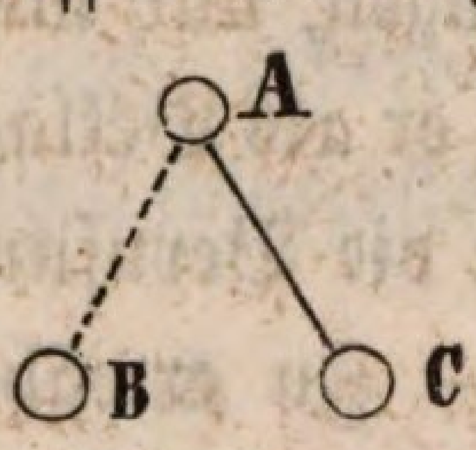
wärts — zwar hier von den Quellen verlassen, aber einestheils die Analogie der Fälle sub I, 2, 3, 4, anderntheils die in der Natur der Sache selbst liegende Nothwendigkeit geltend machend. Wenn die b. f. possessio des A



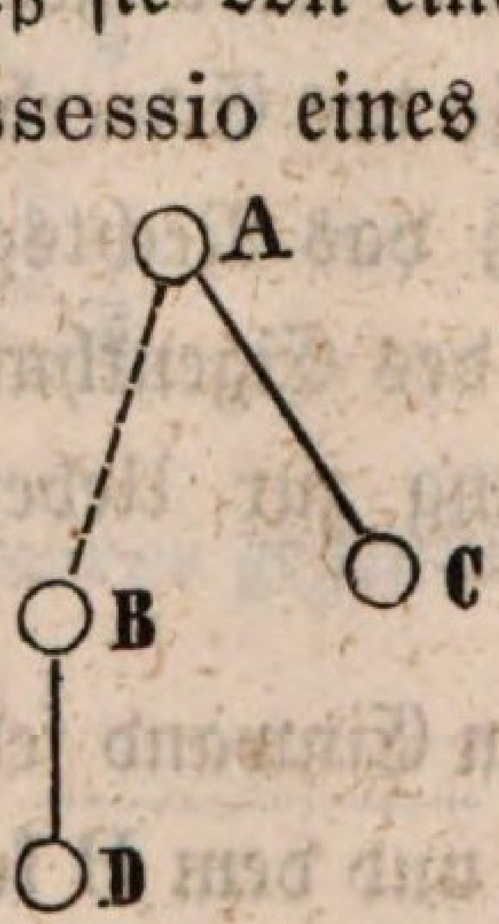
im Verhältniß zu der b. f. possessio (umgekehrt wie in dem Falle, wo wirklich ein Autorenverhältniß Statt hat, vergl. sub I, 1) prävalirt, so muß auch nach Analogie jener Fälle (sub I, 2, 3, 4.), dasselbe was von dem B im Verhältniß zu dem A gilt, von dem Singularsuccessor des B gelten, mithin in dem Falle



die bonae fidei possessio des A wirksamer sein als die des C — so muß ferner auch, dasselbe was von dem A im Verhältniß zum B gilt, von dem Singularsuccessor des A gelten, mithin in dem Falle



die b. f. possessio des C prävaliren vor der des B — und endlich muß, was in dem letztern Falle von der b. f. possessio des B gegenüber der des C gilt, daß sie von einer geringeren Wirksamkeit ist, auch von der b. f. possessio eines Singularsuccessors des B



angenommen werden, wornach also der D dem C weichen muß. Die Entscheidung in allen diesen Fällen ist somit die gerade entgegengesetzte von der Entscheidung der entsprechenden Fälle der ersten Classe sub I. Der B, resp. dessen Singularsuccessor muß hier dem Rechte des A, resp. dessen Successor weichen.

Der Grundsatz ist: wie das relativ bessere Recht der b. f. possessio in den Fällen sub I activ und passiv auf die Singularsuccessoren übergeht, so gilt auch von dem relativ geringeren Rechte das Gleiche.

Betrachten wir jetzt die einzelnen Fälle näher — und zwar zuvörderst

2. den Fall, wo der Erwerber bei einer nichtigen Veräußerung die Sache weiter veräußert.

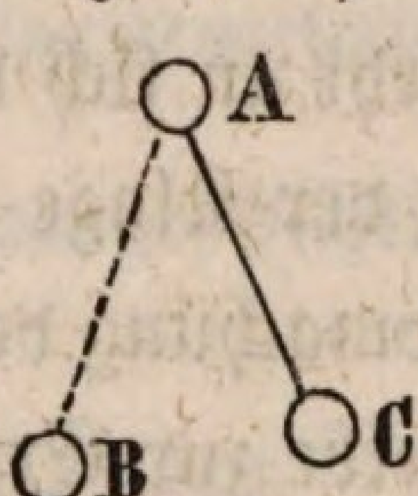


Der C ist b. f. possessor, kann dieselbe aber dem A gegenüber nicht zur Geltung bringen, und muß somit, mag er als Kläger gegen den A auftreten, mag er als Beklagter erscheinen, unterliegen, da dem A in beiden Fällen die Berufung auf die Prävalenz seiner b. f. possessio zusteht. — Zu erwähnen ist hier nur noch, daß während der B in dem gedachten Falle nur dann, wenn die Erfordernisse eines Putativtitels vorliegen, als b. f. possessor gedacht werden kann, bei einer Weiterveräußerung von Seiten des B solches für die b. f. possessio des Erwerbers nicht erforderlich ist, es hier vielmehr genügt, daß das Rechtsgeschäft zwischen A und B, welches die Uebertragung des Eigenthums enthalten sollte, nichtig ist, auch eine Verpflichtung zur Uebertragung des Eigenthums nicht existent geworden.

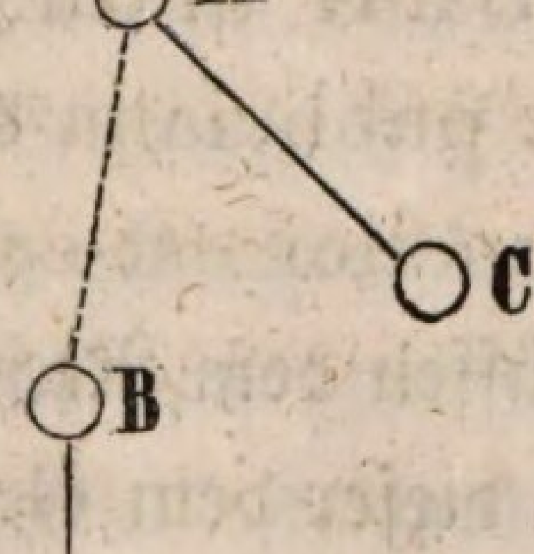
Hier liegt nun aber ein Einwand sehr nahe: Wenn wir annehmen, daß zwischen dem A und dem B keine Beziehung obgewaltet,

wird der Erstere gegen den Successor des B, den C, mit der publiciana nicht durchdringen können — weil es hier bei der Regel verbleibt, melior est causa possidentis. Wie ist es nun aber möglich, daß wenn der äußere Schein eines Rechtsgeschäfts betreffend die Uebertragung des Eigenthums zwischen beiden Statt gefunden, die Lage des C dem A gegenüber eine weniger günstige sein kann? Die Antwort ist die: wenn der B die Sache von A überkommen, aber vermöge eines nichtigen Rechtsgeschäfts, so steht eben fest, daß der B sein Recht an der Sache von keinem Andern ableiten kann, und ist denn auch natürlich, daß er selbst wie sein Successor dem Rechte des A weichen muß.

3. Ueber den dritten Fall, welcher das Verhältniß des Erwerbers auf Grund eines putativen Titels zum Successor seines vermeintlichen Autors betrifft, des B zum C,

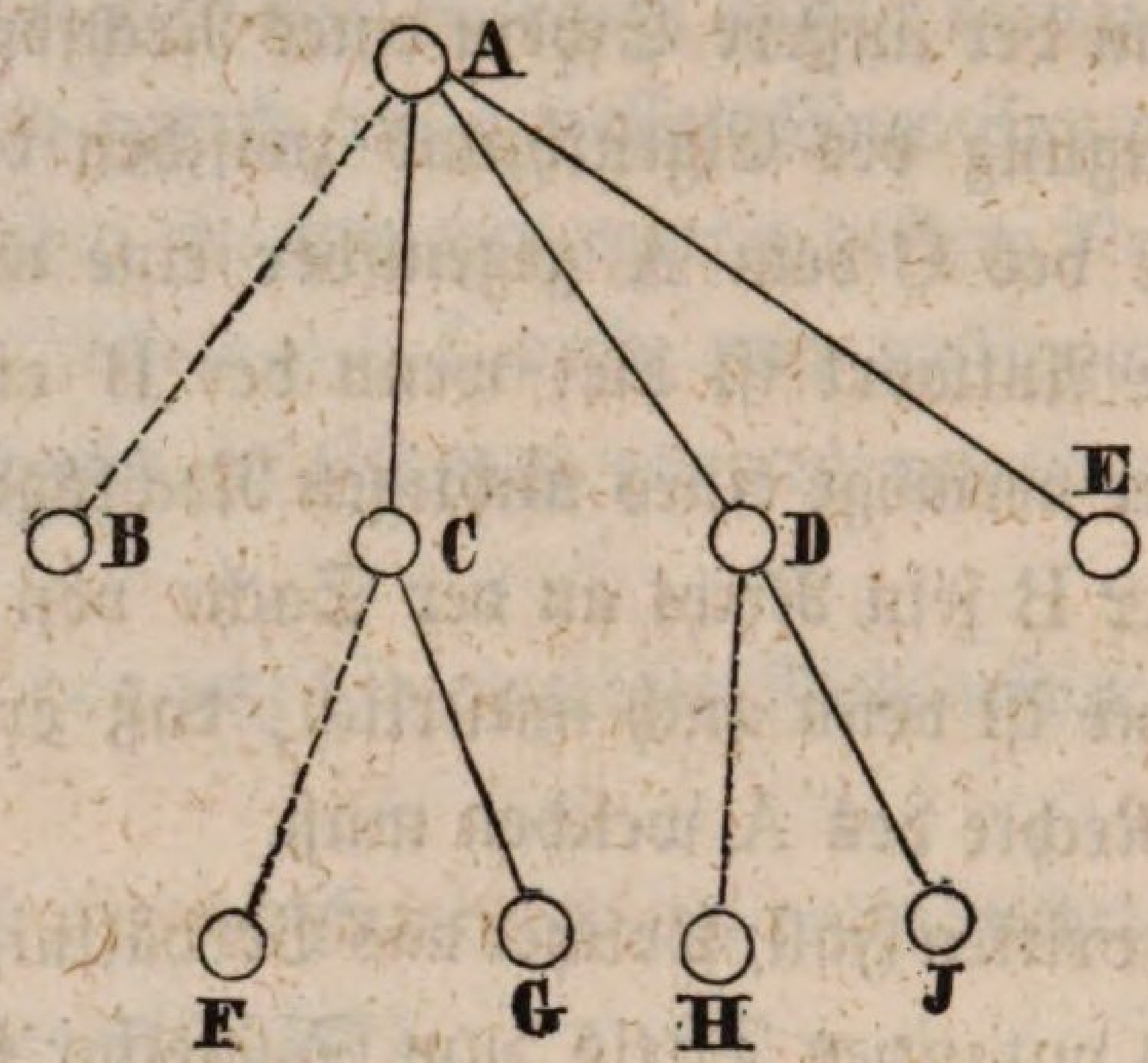


4. desgleichen über den vierten Fall, wo der Singularsuccessor des Erwerbers aus einem nichtigen Rechtsgeschäfte (wobei übrigens wie im zweiten Fall nicht erforderlich ist, daß ein Putativtitel vorliegt) und der Singularsuccessor des vermeintlichen Autors



einander als b. f. possessores gegenüberstehn, genügt das bereits oben Bemerkte.

In Anwendung der vorstehend aufgestellten Grundsätze auf folgenden Fall, wobei wir bei den Strichen ⋮ an einen Putativtitel denken:



würde man sagen müssen:

Allen Personen A—J steht an sich die Berufung auf ihre b. f. possessio sowohl im Wege der Klage als der Einrede zu, da zur Begründung nur die Geltendmachung derjenigen Thatsachen gehört, aus denen erhellt, daß dieselbe zur Existenz gekommen. Aber in Betreff des A, des C und des D kann ein jeder (auch andere Personen als die hier in Betracht kommenden) die Einrede (nicht exceptio) beziehungsweise die Replik vorschützen, daß die b. f. possessio aufgehört habe zu existiren.

Alle übrigen BFGHJE sind noch gegenwärtig b. f. possessores. Das Recht von BFH ist ein ganz gleiches, keiner kann gegen den andern mit der publiciana durchdringen. Es kommt die Regel zur Anwendung melior est causa possidentis. Aber alle diese drei Personen müssen dem Rechte des E weichen, E seinerseits weicht dem J, und dieser dem G.

Dritter Abschnitt.

Dogmengeschichte. — Bestimmungen des preußischen Landrechts, des österreichischen bürgerlichen Gesetzbuches und des Code Napoléon.

§ 17.

Dogmengeschichte.

Die nachstehende dogmengeschichtliche Darstellung zerfällt in folgende Abschnitte:

1. die Lehre der Glossatoren,
2. die Weiterentwicklung bis Cujacius und Donellus,
3. die Lehre von Cujacius und Donellus,
4. die Weiterentwicklung bis Savigny,
5. die Ansichten Savigny's und der Neueren.

1. Die Mehrzahl der Streitigkeiten, die überhaupt in der Lehre vom Zwange hervorgetreten sind, begegnet uns schon bei den Glossatoren. Gleich in Ansehung der Hauptfrage, ist ein erzwungenes Rechtsgeschäft an sich gültig, tritt uns hier dieselbe Divergenz der Ansichten entgegen, die noch heutigen Tages besteht. Die meisten halten an der Gültigkeit fest, wobei denn regelmäßig bei der promissio dotis nach l. 21. § 3. D. h. t. eine Ausnahme gemacht wird, in Betreff der übrigen im ersten Abschnitt § 8. näher beleuchteten Stellen aber bald die gleiche Anerkennung sich findet, bald die verschiedensten Versuche zum Vorschein kommen, dieselben im Wege der Exegese zu beseitigen. Andere hingegen — unter ihnen Irnerius — legen die Unterscheidung zwischen negotia

bonae fidei und stricti juris, desgleichen die weitere Unterscheidung zwischen metus causam dans und metus incidens zu Grunde, und statuiren Richtigkeit, cum metus det causam bonae fidei contractui. Begründet wird dies durch die Berufung auf die Stelle im Digestentitel de dolo malo „Et eleganter“ l. 7. pr. D. 4, 3 — welche in den Worten aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso, ut venderet, circumscriptus est, als der eigentliche Sitz der fraglichen Unterscheidung zwischen dolus (und metus) causam dans contractui und dolus (metus) incidens anzusehen ist — in Verbindung mit der l. 14. §. 13. D. h. t., wonach der Begriff des dolus auch den des metus in sich schließt. Zur Widerlegung wurde von den Gegnern darauf hingewiesen, daß die beregte Stelle im Titel de dolo malo vom dolus *simplex* rede, d. h. vom dolus, sofern mit demselben der metus nicht concurrire, nicht aber von einem Falle, wo beide concurriren, dolus *velatus*. — Durch die Zusammenstellung des dolus und metus war der richtige Gesichtspunkt für die Betrachtung des letztern verrückt, durch die Unterscheidungen von dolus causam dans und incidens, simplex und velatus, die einmal aufgestellt, nicht so leicht wieder verlassen wurden, der sich vielmehr immer neue Distinctionen anschlossen, der unrichtigen Betrachtung eine gewisse Dauer gesichert, und durch die Unbestimmtheit des Ausdrucks dolus *causam dans* und *incidens*, für welchen ersteren schon in der Glosse die Bezeichnung metus principalis sich findet, Anlaß zu neuen Controversen, wenigstens in der Folgezeit gegeben — Controversen, die nur noch weiter von dem rechten Wege abführten.

Auf eine Begriffsbestimmung des Zwanges geht die Glosse nur oberflächlich ein, die Unterscheidungen von vis *inquietativa* (Voraussetzung für das interdictum q. v. aut cl.), vis *expulsiva* (Voraussetzung für das interdictum unde vi), vis *ablativa* (Voraussetzung für die actio vi bon. rapt.), vis *turbativa* (Voraussetzung für das interdictum uti possidetis und utrubi), endlich von vis *compulsiva* (letztere kommt hier in Betracht), vertreten

die Stelle einer eingehenden Erörterung. Aus dieser vis compulsiva originiren folgende Rechtsmittel:

Zunächst die actio q. m. c. Man fragte, aus welchem Fundament entspringt die Klage in ihrer Richtung gegen den b. f. possessor, und antwortete unter Bezugnahme auf l. 1. pr. D. de O. et A. (44, 7) ex variis causarum figuris. Man stritt, ob zwei Erkenntnisse bei der fraglichen Klage erfolgen, oder ob das arbitrium de re restituenda lediglich als eine admonitio aufzufassen sei — ob man gegen beide Erkenntnisse ein Rechtsmittel ergreifen könne — ob der Kläger wenn er den dritten b. f. possessor belange, diesem oder dem Zwingenden den Kaufpreis zu zahlen habe, — ob den Kaufpreis, den er selbst vom Zwingenden erhalten, oder welchen der Dritte dem Zwingenden bezahlt, — ob auch derjenige, qui per metum promisit, *et sponte solvit* die actio q. m. c. anstellen könne (eine Frage, die meistens gegen die Ansicht des Irnerius verneinend beantwortet wurde) u. s. w.

Als zweites Rechtsmittel erscheint die exceptio metus, von welcher schon die Glosse bemerkt, daß sie tam ex parte ejus, cui opponitur, quam ex parte opponentis, in rem gehe, — als drittes die actio de dolo. Als viertes Rechtsmittel wird merkwürdiger Weise die utilis rei vindicatio (vergl. besonders die Glosse ad l. 9. § 6. D. h. t. und ad l. 3. Cod. h. t.) bezeichnet.

Bei der Darstellung dieser utilis rei vindicatio mögen wir hier die ausführlichere Erörterung von Azo in seiner Summa in Codicem (vergl. die Ausgabe Basileae 1563, pag. 103—109) zu Grunde legen. Die Zulässigkeit dieses Rechtsmittels beweiset er durch die Berufung auf die beiden vorberegten Stellen. Wenn auch die erzwungene Tradition Eigenthum übertrage (Azo ist wie die meisten Glossatoren ein Vertheidiger der Gültigkeit erzwungener Rechtsgeschäfte), so könne der Gezwungene doch de jure praetorio, quod fingit, rem in bonis mansisse, vindiciren. Wenn er hierauf mit den Worten der l. 5. D. de in integr. rest. (4, 1) fortfährt, nam nemo videtur exclusus, quem Praetor polli-

cetur se restituturum in integrum, so muß man glauben, daß er an die eigentliche restitutio in integrum denkt, wie es denn auch in der Sache selbst liegt, daß dem Gezwungenen die Eigenthumsklage nur gegeben werden kann, wenn man entweder die Richtigkeit der erzwungenen Tradition statuirt, oder aber die bewegte Klage durch eine wahre in integrum restitutio vermittelt denkt. Allein Azo — und dasselbe gilt von allen übrigen Glossatoren — geben dem Worte restituere, wenn sie von einer restitutio wegen Zwanges reden, denjenigen generelleren Sinn, in welchem der Ausdruck allerdings auch in den Quellen vorkommt, und auf die s. g. restitutorischen Klagen bezogen wird, wie denn Azo gleich im Eingange das aus dem Zwange originirende Rechtsmittel zu den Fällen der in integrum restitutio stellt, aber hier von einer restitutio jure *actionis* im Gegensatz zu der restitutio propter minorem aetatem redet. — Dabei wirft Azo die Frage auf, ob nach Analogie der rei vindicatio utilis bei einer erzwungenen Tradition auch in dem Falle einer erzwungenen acceptilatio die ursprüngliche durch solche acceptilatio untergegangene persönliche Klage als actio utilis angestellt werden könne. Ein Theil der Glossatoren bejahte die Frage, ein anderer Theil verneinte sie, die letzteren beriefen sich zur Begründung darauf, daß die actio in rem überhaupt noch in rebus humanis zurückgeblieben sei, cum dominium directum semper fuerit saltem penes inferentem metum, wohingegen die persönliche Klage durch die (erzwungene) acceptilatio ganz aufgehört habe in rerum natura zu existiren. Azo schließt sich der ersteren Ansicht an. In Betreff der weiteren Frage, an wen der Gezwungene bei einem erzwungenen Kaufcontracte den erhaltenen Preis zu zahlen habe, an den Zwingenden, oder an den dritten Käufer, und welcher Kaufpreis in Betracht komme, erklärt sich Azo dahin, daß der Gezwungene an seinen Contrahenten zurückzuzahlen habe, was er von ihm erhalten.

Ein sehr reichhaltiges Material bietet die Glosse für die Erklärung fast aller in dieser Lehre in Betracht kommenden Quellenstellen, nicht blos derjenigen, welche sich auf die Frage nach der

Gültigkeit oder Nichtigkeit erzwungener Dispositionen beziehen, dar.

2. In dem ganzen langen Zeitraum von Accursius bis auf Cujacius und Donellus ist es schwer in irgend einem Punkte der Lehre vom Zwange einen Fortschritt zu erkennen. Bei den Commentatoren kehren dieselben Streitfragen, dieselben Gründe pro et contra wieder, welche schon die Glosse darbietet; nur die Zahl der unnützen und begriffsverwirrenden Distinctionen mehrt sich. Wenn die Glossatoren (nach l. 9. pr. D. h. t.) als Requisit für die actio q. m. c. hervorgehoben hatten, daß der timor *illatus* esse debeat ab aliquo, so begegnen wir bei den Commentatoren der Unterscheidung zwischen metus illatus und non illatus. Wenn die Glosse ad l. 7. pr. D. h. t. bemerkt hatte (vergl. die Glosse ad l. 13. Cod. de transact. (2, 4):

restitui scilicet dicimus aliquem, licet alio modo restituatur, et sic nota, quod

quandoque quis ex *sententia* et *verbis hujus edicti* punitur,
quandoque ex *sententia tantum*,
quandoque per *constitutionem*,
quandoque per *responsa prudentum*,

so unterscheidet Bartolus in seinem Commentar zu der beregten Stelle des Codex (Ausgabe Venetiis 1590, tom. VII, fol. 52 seq.)

1. metus mortis et cruciatus,
   a. wird hier der Handelnde selbst bedroht, so wird das Geschäft rescindirt *ex edicto Pratoris;*
   b. ist sein Sohn bedroht, so tritt die Rescission ein *ex sententia edicti;*
2. metus verecundiae — genügend zur Rescission *per officium judicis,*
3. metus alicujus futuri eventus — genügend zur Rescission *per officium judicis,*
4. metus ratione majoritatis et reverentiae *absque potestate publica* — genügend zur Rescission *per officium judicis,*
5. metus ratione majoritatis et reverentiae, *quae habetur*

ex officio publico — Veranlassung zur Rescission vermittelst der condictio ex lege „Si per impressionem“ (l. 11. Cod. h. t.).

Die Schriftsteller nach der Zeit der eigentlichen Commentatoren halten sich zwar ferner von der scholastischen Methode der Behandlung, gehen aber durchweg nur sehr oberflächlich auf die Lehre vom Zwange ein. Erwähnung mögen hier finden Zasius † 1535 (vergl. die Ausgabe seiner Werke Lugduni 1550 tom. I. col. 103 seqq. 461 seq. tom. IV. col. 38) — Alciatus † 1550 (vergl. seinen Commentar in Cod. Just. de transact. (2, 4) zu l. 13. in der Ausgabe seiner Werke, Basileae 1558 tom. III. col. 500 seqq. — Duarenus † 1559, der übrigens ungleich gründlicher zu Werke geht (vergl. die Ausgabe seiner Werke, Lucae 1765 vol. I. pag. 116 seq. 138—143) — Matthäus Wesenbecius † 1586, der in seiner weiter unten zu citirenden Schrift mit jener Unterscheidung zwischen einer Restitution ex edicto praetoris und per officium judicis die (von Bachovins von Echt gerügte) Behauptung verbindet, daß der metus reverentialis, desgleichen der metus levis et vanus zu einer Restitution ex officio judicis genügend sei.

Im Ganzen prävalirte auch während dieses Zeitraums die Ansicht von der Gültigkeit eines erzwungenen Rechtsgeschäfts (dafür Cinus, Bartolus, Baldus, Zasius, Alciatus, Duarenus). Die in integrum restitutio ex capite metus und die actio q. m. c. werden meistens nicht geschieden, die in integrum restitutio wird vielmehr durch die actio q. m. c. als vermittelt gedacht. So hat z. B. auch Sfortia Oddus in seinem zu Venedig 1584 erschienenen tractatus de rest. in integr. des metus unter den causae restitutionis keine Erwähnung gethan, ihn vielmehr ausdrücklich ausgeschieden, weil die actio q. m. c. eine eigentliche Klage sei (Ausgabe Colon. Agripp. 1704 pars I. quaest. I. art. 16. pag. 11). Dahingegen wird von Duarenus bei Gelegenheit der Erklärung der Stelle l. 9. § 4. D. h. t. (a. a. O.) sehr bestimmt und klar die actio q. m. c. von dem

gleichfalls aus dem Zwange entspringenden Rechtsmitel der restitutio in integrum auseinander gehalten.

3. Eine ausführliche Besprechung müssen wir den Ansichten der beiden großen Juristen des 16. Jahrhunderts, des Cujacius und Donellus zu Theil werden lassen.

Von den Schriften des Cujacius († 1590), die ich nach der Pariser Ausgabe von 1658 citire, gehören hieher

a. Commentar zum Digestentitel IV, 2. tom. I. col. 979—992 (hier behandelt er die Lehre vom Zwange am ausführlichsten und gründlichsten),
b. Paratitla in D. IV, 2. tom. I. col. 757 seq.,
c. Paratitla in Codicem II, 20. tom. II. p. 60,
d. Commentar in lib. XI Pauli ad Edictum tom. V. col. 148—152,
e. Notata Antonii Mercatoris ad libros animadversionum Joannis Roberti, ad lib. III. c. 3. tom. X. col. 81 seqq.,
f. Notae in D. IV, 2. tom. X. col. 117 seq.,
g. Notae in Codicem II, 20. tom. X. col. 326 seq.,
h. Recitationes in libros IV priores Codicis Just. (in lib. II, 20) tom. X. col. 626—629.

Cujacius scheidet bei Beantwortung der Frage nach der Gültigkeit erzwungener Rechtsgeschäfte zwischen contractus bonae fidei und stricti juris, bei den ersteren tritt im Falle eines metus causam dans contractui (vergl. auch seine Erklärung der lex „Eleganter“ im Titel de dolo malo tom. I. col. 996) Nichtigkeit ein; im Uebrigen ist ein erzwungenes Rechtsgeschäft gültig. Hievon ist jedoch bei einer erzwungenen Manumission — aber nur si *populus* (l. 17. pr. D. qui et a quib. manum. 40, 9) und si *ipse servus* coegerit (l. 9. pr. D. eod.) eine Ausnahme zu machen; auch die promissio dotis bildete zur Zeit des Juristen Paulus, aus dem die Stelle si dos metu promissa sit, non puto nasci obligationem cet. entnommen ist, eine Ausnahme, nicht aber zu Justinian's Zeit, von dem die stipulatio dotis unter die b. f. negotia gestellt worden. Endlich ist noch der Fall eines

contrarius consensus — freilich in umgekehrter Richtung — als Ausnahme anzusehn. Nach jener Regel müßte man annehmen, daß derselbe, wenn erzwungen, nichtig sei; gleichwohl ist er nach Analogie einer erzwungenen acceptilatio als gültig zu betrachten. — In denjenigen Fällen, wo keine Nichtigkeit Platz greift, originiren aus dem Zwange zwei Rechtsmittel, die in integrum restitutio, und die actio q. m. c., mit welcher letzteren Klage auch die actio de dolo electiv concurrirt. Beide — die in integr. rest. und die actio q. m. c. — hält Cujacius sehr bestimmt auseinander, und bespricht bezüglich der letzteren Klage namentlich die Frage, welchen Einfluß der Untergang der Sache hat, sehr eingehend.

Die Ansicht des Cujacius von der Nichtigkeit eines b. f. contractus im Falle eines metus causam dans war von Jo. Robertus angegriffen; wider Robertus ist jene oben sub e citirte Schrift von Cujacius unter dem Namen Antonius Mercator gerichtet, in welcher er auch in diesem Punkte seine Ansicht gegen Robertus festhält.

Donellus († 1591) hat die Lehre vom Zwange behandelt in seinem im Jahre 1583 zuerst erschienenen Commentar, ad titulum Institutionum de actionibus zum § 28. sub nr. 26. (nach der Ausgabe Lugduni Batav. 1630 (8) p. 344 seq., ferner in dem 12. Buch cap. 7, wie in dem 15. Buch cap. 38. seiner Commentarii de jure civili (tom. III. der Commentarii de jure civili, Francofurti 1595, pag. 25, 500—513, nach Donell's Tode von Scipio Gentilis mit dem Bemerken, daß Donell die Bücher XII—XVI kurz vor seinem Tode für vollkommen druckfertig erklärt habe, herausgegeben).

In seinem Commentar zu dem beregten Institutionentitel spricht nun Donell in Uebereinstimmung mit Cujacius bestimmt aus:

primum hoc constat, si quid in b. f. contractibus gestum contractumve sit ab initio dolo malo, *ipso jure non valere.* — — *Ergo et si quid horum factum sit metu.* Nam et

metus dolum habet, et idem non minus contrarius consensui.

In Uebereinstimmung hiermit erklärt er im 7. Capitel des 12. Buchs seiner commentarii de jure civili:

multo minus velle et consentire intelligitur, qui vi cogitur — — Hinc in his, quae vi metusve causa gesta sunt, jus idem de consensu, quod supra de dolo. — — Sed eadem distinctione, quam in dolo adhibuimus. Nam in b. f. contractibus, si quis vi coactus sit, ut quid gereret, puta venderet, aut emeret, *ipso jure nulla* est obligatio.

Ganz in dem entgegengesetzten Sinne hat Donell im c. 38. des 15. Buches seiner Commentarii die ganze Lehre vom Zwange im Zusammenhange entwickelt. Als Voraussetzung erscheint hier durchweg der Satz, ein erzwungenes Rechtsgeschäft ist an sich gültig. An mehreren Stellen tritt derselbe mit Bestimmtheit hervor. Gleich im Eingange heißt es:

summo quidem jure qui rem suam in alium contulit, amisit, qui promisit, obligatur, quamvis improbe inductus ut vellet, quippe inquit Paulus, quamvis si liberum illi esset, noluisset, tamen coactus voluit. Sed subventum est jure praetorio, et adversus malitiosas istas inductiones (worunter Donellus sowohl den Fall des metus als des dolus begreift) remedia constituta, quibus fit, ut restituatur, quod nostrum est.

Pag. 505 unterscheidet Donellus zwei Fälle der vis:

Vis ad alienas res adimendas adhibetur duobus modis. *Aut* enim adimitur quid invitis aut ignorantibus, *aut a volentibus quid accipitur, sed prius vi compulsis.*

Um dem Gezwungenen zu helfen — führt Donell weiter aus — hat das Edict ein zweifaches Rechtsmittel eingeführt, die Restitution des früheren Rechts und der früheren Klage und die actio q. m. c. Wer sich des ersteren Mittels bedient, dem wird die ursprüngliche Klage gegeben rescisso eo a Praetore, quod gestum est. Dieses wird nun pag. 506 auf die einzelnen Fälle,

— einer erzwungenen Tradition, einer erzwungenen Liberation, endlich der erzwungenen Eingehung einer Verpflichtung angewandt; in dem letzteren Fall kann der Gezwungene nach Donellus entweder der Klage des Zwingenden die exceptio metus entgegensetzen, oder auf Liberation klagen. Pag. 107 kommt er auf den Unterschied der ursprünglichen und der durch Restitution wiedergegebenen Klage. Indem er wiederholt bemerkt: nam, ut dixi initio, etsi nisi cogeretur, nollet, tamen coactus voluit, setzt er in der Sache selbst den Unterschied darin, daß weil es einer Restitution bedürfe, die Klage auf ein quadriennium beschränkt sei, und daß bei der restituirten Klage der Gezwungene auch seinerseits herausgeben müsse, was er erhalten. — Pag. 508 geht Donell auf die actio q. m. c. ein und bemerkt, daß diese bei einer erzwungenen Eigenthumsübertragung auf Rückübertragung des Eigenthums gehe, bei einer erzwungenen liberatio auf Constituirung einer neuen Obligatio, bei einem erzwungenem Versprechen auf Liberation. — Zum Schluß giebt er den Unterschied vom Raube dahin an, hier werde die Sache gegen den Willen des Besitzers entrissen, beim Zwange dem Wollenden, etsi, ut vellet, sit coactus. Die Stellen, namentlich die l. 116. D. de div. reg. jur. „Nihil consensui", welche Donell im Commentar zum Institutionentitel de actionibus, und im 7. Capitel des 12. Buchs seiner Commentare de jure civile als Beläge für die Richtigkeit angezogen hatte, benutzt er hier zum Beweise für die vom Prätor verheißene Rescission.

Was das Altersverhältniß der beiden Ansichten anlangt, so muß man gewiß die hier entwickelte von der Gültigkeit eines erzwungenen Rechtsgeschäfts als die spätere und zuletzt von Donell festgehaltene ansehn. Wer das Gegentheil annehmen wollte, müßte voraussetzen, daß Donell selbst das 15. Buch seiner commentarii früher vollendet als das 12., daß er dort von seiner früheren Ansicht, daß b. f. negotia vi extorta nichtig seien, abgegangen, im 12. Buch aber wiederum zu derselben zurückgekommen sei, obschon er doch im 15. Buch ex professo vom metus handelt, und in

den beiden andern Stellen nur nebenbei darauf eingeht. So viel liegt aber wohl vor, daß es um jene Behauptung, die Bücher 12—16 habe Donell selbst für vollkommen druckfertig erklärt, mißlich steht, wie denn auch schon von anderer Seite die Richtigkeit derselben aus ähnlichen Gründen in Zweifel gezogen ist.[1] Das Richtige ist: Donell hielt im 12. Buche noch fest an seiner frühern Ansicht, gab sie aber auf, als er im 15. Buch Veranlassung hatte, die ganze Lehre von metus im Zusammenhange zu entwickeln, und starb, bevor er noch den Widerspruch des 12. Buchs mit dieser seiner neuesten Annahme entfernen konnte.

Die Entwicklung der ganzen Lehre im lib. 15. cap. 38. ist eine im hohen Grade vollendete. Fern von der scholastischen Methode geht Donell tiefer auf die Sache ein als seine Vorgänger, und überall tritt der Zusammenhang dieser Lehre mit dem ganzen System des Civilrechts klar und deutlich hervor. Nimmt man dazu die einfache klare Sprache des Donell, so begreift man, daß das Ganze in eigenthümlicher Weise den Leser fesselt, was freilich bei einem Auszuge, wie er uns in Hilliger's Donellus enucleatus (Ausgabe Antverpiae 1642, pag. 396 seqq.) vorliegt, nicht der Fall sein kann.

4. In dem Zeitraum von Cujacius und Donellus an bis zu Savigny ist hier folgender Schriftsteller Erwähnung zu thun:

Peter Faber † 1600; er geht jedoch nur sehr oberflächlich auf die Lehre vom Zwange ein, und behauptet Richtigkeit des erzwungenen Rechtsgeschäfts (Semestria, Lugduni 1598, lib. III. pag. 97 und commentarius ad titul. de div. reg. juris. Coloniae Allobrog. 1618, p. 497 seqq.).

Hubertus Giphanius † 1604. In den enarrationes et comm. in VIII. libr. Cod. Justin. leges celebriores et dif-

[1]) Vergl. besonders Aarons, Beiträge zur Lehre von der negotiorum gestio Abtheil. I, Schwerin 1860, S. 222 ff., 229. — Zu erwähnen ist hier noch, daß Donell auch in lib. 21 seiner Commentare cap. 5 (vergl. die angezogene Ausgabe tom. III. p. 484 — fälschlich mit p. 664 bezeichnet) die Gültigkeit eines erzwungenen Rechtsgeschäfts vertheidigt.

ficiliores, Francof. 1631, ad leg. 3. Cod. h. t. (ursprünglich im Jahre 1614 unter dem Titel explanatio diff. et celebr. legum. Cod. Justin. erschienen) entwickelt er seine Ansichten. Er hält ein erzwungenes Rechtsgeschäft für gültig, faßt die Klage in der l. 3. Cod. als rei vindicatio auf, denkt sich dieselbe aber vermittelt durch eine vorgängige in integr. restitutio.

Hilliger, † 1619, in der angeführten Schrift (ad lib. XII. cap. 7. p. 287) vertheidigt die Gültigkeit erzwungener Rechtsgeschäfte gegen Donellus, ohne darauf hinzuweisen, daß dieser selbst später seine Ansicht geändert.

Anton Faber † 1624. Es kommen folgende Schriften in Betracht: Rationalia in Pandectas nach der Ausgabe apud Petrum et Jacobum Chouêt 1619 zum Titel IV, 2. pag. 512—540, — De erroribus Pragmat. Lugd. Batav. 1658, tom. I. pag. 50 seqq. dec. VIII. error I. tom. II. pag. 431 seqq. dec. LXXXII. err. 9 et 10, — Conjecturae, Col. Allobrog. 1630, p. 663—670 (libr. XVI. c. 19), — Jurisprudentiae Papinianeae scientia, Lugd. Batav. 1607, pag. 97 seqq. tit. III. illat. 11.

Faber geht davon aus, ein erzwungenes Rechtsgeschäft besteht an sich zu Recht. Eine Ausnahme statuirt er jedoch bei der dotis promissio und erklärt dieselbe aus dem favor dotis, der so weit gegangen, daß gegen eine gültige Dosbestellung keine in integrum restitutio zugelassen worden, daher denn hier nichts anderes als die Annahme der Nichtigkeit einer erzwungenen dotis promissio übrig geblieben sei. Er scheidet bestimmt die in integrum restitutio ex capite metus von der actio q. m. c., und versteht in der Stelle l. 9. § 6. D. h. t. licet tamen in rem dandam actionem existimemus, *quia res in bonis est ejus, qui vim passus est*, die letztern Worte dahin: post factam restitutionem in integrum non antea. — Mehrfach und sehr eingehend behandelt er die Frage, ob in dem quadruplum, worauf die Condemnation bei der actio q. m. c. gerichtet, das simplum

enthalten sei, oder ob das simplum noch besonders geltend gemacht werden könne.

Auch Bachovius von Echt † 1635 (notae et animadversiones ad disputationes Treutleri pars I. Colon. Agripp. 1653, pag. 200 seqq. — exercitationes ad partem posteriorem errorum A. Fabri, Francofurti, 1624, p. 364 seqq., womit zu vergleichen seine Anmerkungen zu der von ihm besorgten Ausgabe der commentarii (paratitla) des Matthäus Wesenbecius, Coloniae Agripp. 1650, p. 148—154) hält die Gültigkeit erzwungener Rechtsgeschäfte fest, der Gezwungene hat Freiheit des Willens, er wählt von zwei Uebeln das geringere. Im Uebrigen sind seine Ausführungen ohne Bedeutung; zu bemerken ist noch, daß er in seiner gegen Faber gerichteten Schrift dessen Ansicht ganz mißverstanden hat, wenn er ihm die Behauptung beilegt, daß erzwungene Rechtsgeschäfte nichtig seien. Faber hatte in der bezüglichen Stelle seiner errores decad. XCV. error 4. nur auszuführen versucht, daß der Käufer gegen den Verkäufer, der die Erfüllung verweigere, nur auf das Interesse klagen dürfe, nicht darauf, ut rem tradat. Denn mittelst einer Execution manu militari könne ihm zwar die Sache mit Gewalt abgenommen, aber nicht der Uebergang des Eigenthums bewirkt werden, der nur bei dem vorhandenen Willen, das Eigenthum zu übertragen, erfolgen könne. Zum Beweise für die letztere Behauptung beruft sich Faber auf die Stelle l. 6. § 7. D. 29, 2. eum, qui metu verberum, vel alio timore coactus fallens adierit hereditatem — — heredem non fieri placet, indem er hier gerade das fallens urgirt. — Bachovius von Echt verwechselt, indem er dem Faber jene Ansicht unterlegt, die vis absoluta und vis compulsiva; bei der letztern hat Faber in allen seinen Schriften die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts festgehalten.

Jacobus Gothofredus † 1652 (commentarius in titul. Pandect. de div. reg. jur. nach seinem Tode von Esaias Collado herausgegeben Genevae 1653, pag. 495 seqq.) entwickelt bei Besprechung der l. 116. D. 50, 17. seine Ansicht, daß bei dem do-

lus causam dans contractui, desgleichen bei dem metus causam dans Nichtigkeit eintrete. — Eine besondere in integrum restitutio ex capite metus scheint er nicht zu kennen, durch die actio und exceptio metus wird ihm die in integrum restitutio vermittelt.

Johannes Brunnemann † 1672 (Commentarii in Codicem, Lipsiae 1663, p. 123—126). Seine Ausführung ist dürftig und unklar. Er geht davon aus, ein erzwungenes Rechtsgeschäft ist gültig, der Gezwungene hat die Wahl zwischen der actio q. m. c. und der in integrum restitutio. Die Stelle l. 3. Cod. h. t. deutet er auf die actio q. m. c. — Aber gleich darauf findet sich die gegentheilige Behauptung. Es heißt: collige ex hoc textu, re per vim ac metu vendita dari tamen rei vindicationem et sic retineri utile dominium. Dabei denkt er sich die rei vindicatio nicht, wie man glauben könnte (vergl. namentlich seine Interpretation der l. 4) durch die in integrum restitutio vermittelt.

Lauterbach † 1678 (collegium theoretico-practicum, von seinem Sohn herausgegeben, Tubingae 1690, vol. I. p. 411 seqq.) hält zwar ein Rechtsgeschäft bei einem *dolus* causam dans für nichtig, verwirft aber beim metus die Unterscheidung zwischen metus causam dans und incidens, nimmt vielmehr an, ein erzwungenes Rechtsgeschäft ist gültig. Seine ganze Darstellung trägt in höherem Grade wie die seiner Zeitgenossen einen scholastischen Charakter. Er beginnt mit der Unterscheidung zwischen vis licita und illicita seu injusta, die letztere zerfällt ihm in vis armata und non armata, ferner ratione finis et effectus in vis ablativa, expulsiva, turbativa, inquietativa, offensiva et compulsiva. In ähnlicher Weise ist die ganze Darstellung gehalten.

Auch Schilter † 1705 (praxis juris Romani in foro germanico ed. IV. tom. I. Francofurti 1733, p. 236) vertheidigt die Gültigkeit erzwungener Rechtsgeschäfte.

Im Ganzen prävalirte noch immer die Annahme der Gültigkeit eines erzwungenen Rechtsgeschäfts. Vom Ende des 17. Jahr-

hunderts an ändert sich dieses. Der Einfluß der philosophischen Bestrebungen machte sich geltend; man fragte, wird die Freiheit des Willens durch den Zwang aufgehoben? Von vielen Seiten wurde freilich geltend gemacht, daß der Gezwungene die Wahl zwischen zwei Entschließungen habe, andere vertheidigten das Gegentheil, und waren nur zu leicht geneigt, die Antwort auf jene Frage, die ihnen vom naturrechtlichen Standpunkte aus richtig erschien, in den Quellen wiederzufinden. Aber selbst die Anhänger der ersteren Ansicht kamen von einer andern Betrachtungsweise aus mehrfach zur Annahme der Richtigkeit. Der Zwingende hat zwar gewollt, der Gezwungene (wie sich nicht leugnen läßt) gleichfalls, aber der letztere hat nicht das Recht, das Versprechen des Zwingenden anzunehmen, und aus diesem Grunde ist der Vertrag nichtig. Der erste, der, soweit ich sehe, mit dieser Argumentation hervortrat, ist Samuel Pufendorf † 1694, in seinem jus naturae et gentium lib. III. c. 6. nr. 11 und 12. Infirme promittitur jus acceptandi non habenti ist das Resultat seiner betreffenden Ausführung. — Das Maaß der Verirrungen wurde voll, als von den Gegnern einestheils die Analogie eines Friedensschlusses, anderntheils der Fall einer Zahlung an eine meretrix entgegengehalten wurde; wie das Gewerbe der meretrix, so sei auch das eines latro verächtlich, wie jene aber nicht behindert sei, eine Zahlung anzunehmen, so auch dieser nicht. Gegen diese Einwürfe ist besonders die im Jahre 1711 erschienene Dissertation von Gundling de efficientia metus (abgedruckt in seinen exercitationes academicae tom. II.) gerichtet. Wie Pufendorf gelangt auch er zum Resultat, ein erzwungenes Rechtsgeschäft ist nichtig, nur bei den stricti juris negotiis des Römischen Rechts, die das heutige Recht nicht kenne, sei es anders gewesen, hier hätten die actio q. m. c. und die in integrum restitutio Platz gegriffen. Er beschuldigt die Glossatoren, Urheber der ganzen Verwirrung zu sein, und schließt mit den Worten: Ceterum sat scio, decisionem patrii juris, utpote rationi congruam, planam esse, nullisque difficultatibus circumscri-

ptam. Derselbe Grund für die Nichtigkeit ist auch nach Pufendorf und Gundling mehrfach zur Geltung gebracht. So von Höpfner, Naturrecht, 6. Auflage, 1795, § 78. Zeiller, natürliches Privatrecht, § 107. Gros, Lehrbuch der philosophischen Rechtswissenschaft oder des Naturrechts, erste Aufl. 1802 — § 189. der 6. Auflage 1841.[2]

Zu demselben Resultate — der Nichtigkeit der b. f. negotia — gelangen, wie schon bemerkt, bei Weitem die meisten Schriftsteller des 18. Jahrhunderts. So Ger. Noodt † 1725 (commentarii in libros XXVII. Dig., zuerst erschienen 1716 ad D. IV, 2. in der Ausgabe seiner Werke Lugd. Batav. tom. II. p. 106—112, womit seine Abhandlung de forma emendandi doli mali, cap. 16 — zuerst erschienen 1709, abgedruckt in der gedachten Ausgabe tom. I. p. 381 seqq. zu vergleichen ist), J. G. Heineccius † 1741 (Heineccii historia edictorum edictique perpetui, in seinen opusculis postumis tom. II. Halae 1744, p. 396 seqq. besonders p. 398), J. G. Böhmer † 1749 (de exceptione metus injusti in statu naturali et civili, Halae 1720. cap. I. § 13. cap. III. § 3, — introductio in jus Dig. ed. VIII. Halae 1752 zu D. IV, 2. p. 158 seqq.). Aehnlich wenigstens Nettelbladt in seinem im Jahre 1749 zu Halle erschienenen systema universae juris prudentiae tom. I. § 98 und 99, der die Unterscheidung zu Grunde legt, ob eine obligatio secundum leges positivas ab actu quodam externo

---

[2]) Die bezügliche Notiz habe ich aus Unger's Privatrecht, Bd. II. Abth. I. S. 47 entnommen, da ich die obberegten drei Schriften nicht selbst zu Händen gehabt habe. Mit Höpfner's Naturrecht ist zu vergleichen dessen Commentar über die Heineccischen Institutionen, der mir in der 8. von Weber besorgten Ausgabe, Frankfurt a. M. 1818 vorliegt, § 1005 und 1006. Nach dem Naturrecht ist ein erzwungenes Rechtsgeschäft, wenn mit dem Zwingenden selbst abgeschlossen, nichtig. Nach Römischem Rechte sind die negotia stricti juris des Zwanges ungeachtet gültig; einige andere Verträge (bestritten, ob alle b. f. negotia) nichtig. Wo ein Geschäft an sich gültig ist, da greifen beide Rechtsmittel, die in integrum restitutio und die actio q. m. c. ein; obschon heute ganz allgemein Nichtigkeit gilt, ist doch die letztere Klage nicht ganz unpraktisch.

dependeat, oder nicht, und im ersteren Falle dem erzwungenen Rechtsgeschäfte Gültigkeit beilegt, im letzteren Falle aber es als nichtig betrachtet. Der alten Unterscheidung zwischen bonae fidei und stricti juris negotia, verbunden mit der Behauptung, daß die ersteren, wenn erzwungen, so nichtig seien, begegnen wir wieder bei Köchy in seinem Commentar über die Pandekten, Leipzig 1796, Theil I. Abth. I. S. 521 ff., und in einer Reihe von Dissertationen, die nur in so fern von Bedeutung sind, als sie Zeugniß von der Richtung und der Auffassung ihrer Zeit ablegen, von Weickhmann (Pauli) dissertatio de incongrua praxi doctrinae juris Romani de restitutione in integrum ex capite metus et doli 1758, Podewils (Rudolph) dissertatio de effectu metus in pactis et contractibus Erlangae 1760 (nicht leicht dürfte eine Ausführung so sehr wie diese an die Zeit der Commentatoren erinnern), Breuning, vom Unterschiede des Römischen und Deutschen Rechts in den Geschäften, so durch unrechtmäßige Furcht veranlaßt werden, im juristischen Magazin von Siebenkees Band II. Jena 1783, S. 156 ff., Woltaer in der Abhandlung neminem hodie ex causa vis, metus, doli mali, erroris et ignorantiae in integrum restitui (in seinen observationes fasc. I. Halae 1777 obs. 24. pag. 203 seqq.). Biener, historia juris civilis de restitutionibus in integrum, Lipsiae 1779, cap. 6. de restitutione ex causa vis et metus p. 27 seqq., Westphal de duplici actione restitutoria Halae 1760, Dompierre de Jonquieres de restitutionibus in integrum, Lugd. Batav. 1767, pag. 69—132, der übrigens die ganze Lehre vom Zwange weit eingehender als die Vorgedachten obwohl ganz in scholastischer Manier behandelt. — Verhältnißmäßig nur sehr wenige, so z. B. Voetius † 1714 (commentarius ad Pandectas, tom. I. Coloniae 1789, p. 186—192) halten die früher gangbare Theorie von der Gültigkeit erzwungener Rechtsgeschäfte fest. So konnte denn Glück in seiner Dissertation über die in integrum restitutio (in seinen opusculis juridicis tom. II. Erlangae 1786, p. 261—500) sagen: contractus b. f.

metu extortos ipso jure nullos esse, neque etiam tirones fugit. Auf seine Ansicht, die er demnächst ausführlich in seinem Commentar, der in den betreffenden Bänden (Band IV. Abth. I. Erlangen 1796, vergl. S. 167—182, Bd. V, Abth. 2, Erlangen 1799, vergl. S. 468—512) am Ende des vorigen Jahrhunderts erschienen ist, dargelegt hat, wollen wir hier noch näher eingehen und damit die Geschichte der Entwicklung im vorigen Jahrhunderte beschließen.

Die Furcht ist — um die eigenen Worte Glücks wiederzugeben[3] — entweder bei Schließung eines Contracts, oder bei einem andern Geschäfte erregt worden, das kein Contract ist.

Im ersteren Fall („wo die Furcht bei Schließung eines Contracts erregt worden") ist zu scheiden zwischen *bonae fidei* und *stricti juris contractus*. Die letzteren waren des Zwanges ungeachtet gültig. Wegen dieser Contracte ist „hauptsächlich" die Restitution ex capite metus eingeführt. Bei den b. f. contractus ist zu scheiden, „ob der ganze Vertrag durch Furcht veranlaßt worden, oder nur die gegenwärtige Modification".

A. Ist der ganze Vertrag durch Furcht veranlaßt worden, so ist

1. wenn derselbe mit dem Zwingenden selbst geschlossen, der Vertrag „schon nach R. R. ungültig, und der Verletzte kann daher „auch mit der Contractsklage auf die Richtigkeit desselben dringen". Allein ist der annus utilis (oder nach neuerem R. R. das quadriennium continuum) noch nicht verstrichen, so kann sich der Verletzte auch der Prätorischen Restitutionsklage bedienen, wenn ihm diese vortheilhafter ist.

2. Ist der Vertrag aber mit einem Andern als dem Zwingenden geschlossen, so ist zu scheiden:

a. der Drohende hat die Schließung des Vertrages von Seiten des Bedrohten mit dem Dritten nicht beabsichtigt — hier ist der Vertrag gültig, auch findet keine Restitution Statt.

---

[3]) Ueberhaupt sollen in der nachstehenden Darstellung möglichst die eigenen Worte Glücks mit aller ihrer Unbestimmtheit wiedergegeben werden.

b. Oder der Drohende hat die Schließung jenes Vertrags intendirt;

α. hat hier der Promissar um die Drohung gewußt, so ist der Vertrag ungültig,

β. hat der Promissar nicht darum gewußt, so ist zu scheiden,

a. der Vertrag ist schon erfüllt. Hier ist derselbe gültig. Der Bedrohte kann sich nur an Den halten, der ihn durch widerrechtliche Gewalt in Schaden gesetzt hat. — Sollte er jedoch von diesem nichts erhalten können, so darf ihm die Wohlthat der in integrum restitutio nicht abgesprochen werden.

b. der Vertrag ist nicht erfüllt. Hier steht dem Bedrohten die exeptio metus zu gegen den, der ihn auf Erfüllung belangt.

B. Ist nur die gegenwärtige Modification des Vertrages durch Drohung veranlaßt worden, so ist der Vertrag gültig, und nur ein Anspruch auf Schadenersatz statthaft.

Bei einem Rechtsgeschäfte anderer Art ist zu scheiden:

Entweder ist dasselbe der Art, daß die Gültigkeit schon nach Civilrecht von der freien Einwilligung der Interessenten abhängt — Eingehung der Ehe, Interposition der Auctoritas, Testamentserrichtung. Hier ist das Geschäft schon nach Civilrecht nichtig, und daher eine Restitution des Prätors nicht nöthig;

oder die Existenz der Einwilligung ist nach dem Civilrecht „zur Substanz des Geschäfts hinreichend", möge sie erzwungen sein, oder nicht, wie z. B. bei der Antretung oder Repudiation einer Erbschaft, Aufhebung eines Contracts rc. Hier hieß es, quamvis si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui. Der Verletzte mußte dagegen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen.

Vorausgesetzt ist hierbei die gehörige Beschaffenheit der Drohung. Die Furcht muß

1. auf Seiten desjenigen, der sie erregte, eine ungerechte,

2. auf Seiten des gewaltsam Genöthigten nicht eitel, sondern gegründet sein;

a. sie muß nicht durch bloße Einbildung des sich Fürchtenden,

auch nicht durch unbestimmte Drohungen, sondern durch eine solche Drohung erregt worden sein, welche eine bevorstehende große Gefahr für Leben oder Gesundheit oder Freiheit oder Ehre mit Grund befürchten ließ;

b. das Uebel muß von einem solchen Menschen gedroht sein, von welchem man erwarten konnte, daß er seine Drohungen ausführen werde;

c. es darf nicht in der Gewalt des in Furcht Gesetzten gestanden haben, dem bevorstehenden Uebel auf eine andere Art zu entgehen, als durch Eingehung des nachtheiligen Geschäfts.

3. Nicht richtig ist die Beschränkung auf eine vis compulsiva. Das Edict des Prätors findet auch Anwendung bei einer vis ablativa, expulsiva und turbativa, insofern nämlich die Restitutionsklage dem Verletzten vortheilhafter sein möchte als das ordentliche Rechtsmittel. Nur tritt für diese das quadriennium continuum ein; nach Ablauf dieser Zeit findet die prätorische Restitutionsklage nur alsdann statt, wenn das ordentliche Rechtsmittel dieserhalb nicht anwendbar ist.

Zum Schluß kommt Glück auf die Frage, ob die actio q. m. c. heute noch anwendbar sei. Viele — sagt er — verneinen diese Frage, weil heute allgemein Nichtigkeit bei allen erzwungenen Rechtsgeschäften eintrete. Er selbst entscheidet sich für die Bejahung, da es doch Fälle geben könne, wo die actio q. m. c. das vortheilhaftere Rechtsmittel sei.

Mit dem Anfange dieses Jahrhunderts trat ein Umschwung ein. Die Mehrzahl kehrte wieder zu der bis zum 18. Jahrhundert herrschenden Theorie von der Gültigkeit eines erzwungenen Rechtsgeschäfts zurück. Zwar hält noch Thibaut in seinem System des Pandektenrechts (welches mir nur in der zweiten Ausgabe, Jena 1805, zur Hand ist) Bd. I. S. 114. § 151 und 152 und Bd. II. S. 209 § 798 und S. 251 f. § 840, an der Unterscheidung zwischen metus causam dans und metus incidens und der Annahme, daß der metus causam dans bei bonae fidei negotiis Nichtigkeit zur Folge habe, fest; ähnlich auch Klien im

Jahre 1818 in der Abhandlung über das Wesen der prätorischen Restitutionen, insonderheit die Wiedereinsetzung wegen erlittenen Zwanges (Archiv für civilistische Praxis, Bd. I. nr. 16. S. 207 ff.), der als Regel für das R. R. hinstellt, daß der Zwang Nichtigkeit zur Folge habe, jedoch meint, daß gewisse Gattungen von Geschäften des Zwanges ungeachtet Gültigkeit gehabt, sich aber die genauere Grenzlinie nicht mehr aufstellen lasse, ebenso Schweppe das römische Privatrecht, 3. Ausgabe, Altona 1822, S. 72 (§ 95) S. 849 ff. (§ 995 und 996) und endlich Unterholzner in der im Jahre 1840 von Huschke herausgegebenen Lehre des R. R. von den Schuldverhältnissen, Bd. I., S. 61 besonders S. 79, welcher letztere jedoch auch beim metus incidens Nichtigkeit der bezüglichen Disposition annimmt. Allein bei Weitem die Meisten erklärten sich dagegen. In den Abhandlungen von Batz über verschiedene Gegenstände des natürlichen und positiven Rechts, Tübingen 1816, Nr. 16, S. 214 ff. wird die Behauptung verfochten, daß zwar beim Dolus und Irrthum gar kein Wille vorhanden sei, beim Zwange aber wirklicher Wille, daher denn ein erzwungenes Rechtsgeschäft (wiewohl mit Ausnahme der dotis promissio) gültig sei. Im Wesentlichen derselben Ansicht sind Werner in der Abhandlung die Rechtslehre von der Verbindlichkeit des erzwungenen Willens bei dem Antritt oder der Entsagung einer Erbschaft, Frankfurt a. M. 1817, — Neustetel in seiner Dissertation b. f. negotia dolo inita non esse nulla, Heidelbergae, 1818, — ferner Burchardi, Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, Göttingen 1831, S. 348—376, womit zu vergleichen desselben R. Privatrecht, Stuttgardt 1843, S. 58 ff., 195, 682 ff., 1049 ff. Nur ausnahmsweise tritt nach Burchardi Nichtigkeit ein, bei einer erzwungenen Freilassung und der erzwungenen Mitwirkung eines Tutors. Es gehören weiter hieher Schneider, die subsidiären Klagen des R. R., Rostock 1834, S. 377 ff., 399 ff., der von der Gültigkeit der erzwungenen Rechtsgeschäfte eine letztwillige Disposition und einige Fälle der Manumission ausnimmt, — von Reinhardt in seinen Ergän-

zungen zu Glücks Commentar, Bd. II. Abth. I. Stuttgardt 1835, S. 87—114 (am Schluß erfahren wir, daß seine Absicht darauf gerichtet war, hier statt die einzelnen Paragraphen von Glück zu commentiren, eine eigene selbstständige Abhandlung zu geben) — Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechts, Theil II., 2. Aufl., Halle 1838, § 336. S. 251, vergl. auch Theil I., § 93. S. 182 und seine Fortsetzung des Glück'schen Commentars, Bd. 42, Erlangen 1841, S. 468 ff. (nur in einigen Ausnahmsfällen — Dotalversprechen, Interposition der Auctoritas — statuirt er Nichtigkeit), — Wening-Ingenheim, Lehrbuch des Civilrechts, 5. Aufl. im Jahre 1837 von Fritz herausgegeben, Bd. I., S. 200 f. Bd. II., S. 114 und 317, Bd. III. vom Jahre 1838, S. 484 f. — Fritz, Erläuterungen zu dem gedachten Lehrbuche, Bd. I., Freiburg 1834, S. 183, — Göschen, Vorlesungen, nach seinem Tode von Erxleben herausgegeben, Bd. I., Göttingen 1838, S. 248 ff., 559, Bd. III., S. 582 ff., Bd. V., S. 45 f. und 237. — Göschen statuirt zwar einzelne Ausnahmsfälle, in welchen ein erzwungenes Rechtsgeschäft ipso jure nichtig sei, erkennt aber einen solchen bei letztwilligen Verfügungen nicht an. Endlich ist noch hieher zu stellen Koch, das Recht der Forderungen nach gemeinem und preußischem Rechte, Bd. II., Breslau 1840, § 75, S. 88—101.

5. Die Ausführung Savigny's in dem 3. Bande seines berühmten Systems des heutigen R. R., Berlin 1840 (vergl. auch Bd. VII., S. 191 ff.), mit der wir den 5. Abschnitt beginnen, steht zu den früheren Bearbeitungen der Lehre vom Zwange in einem ähnlichen Verhältniß, wie die des Donellus zu den Arbeiten seiner Vorzeit, und unwillkürlich wird man bei der einen an die andere erinnert. Die Entwicklung seiner Ansicht selbst ist in der voraufgehenden Darstellung der Lehre vom Zwange vollständig gegeben, so daß hier die Hinweisung darauf genügen wird.

Die Savigny'sche Ansicht kann heut zu Tage als die allgemein herrschende bezeichnet werden. Sie tritt uns mit einigen Modificationen, die theilweise schon besprochen sind, im Uebrigen aber

bedeutungslos erscheinen, wieder entgegen bei Puchta, Pandekten, 4. Aufl., nach des Verfassers Tode von Rudorff im Jahre 1848 herausgegeben, § 56. und 102. not. c und d, — Vorlesungen, Leipzig 1847, Bd. I., S. 115 ff., 215, — Institutionen, Bd. II., 4. Aufl., Leipzig 1854, S. 225 ff., 419 ff., sie ist vollständig adoptirt von Böcking, Institutionen, Bd. I., Bonn 1843, § 86. S. 366 ff. und liegt den Ausführungen von Sintenis, Civilrecht, Bd. I., Leipzig 1844, S. 190 ff., — von Windscheid, zur Lehre des Code Napoléon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte, Düsseldorf 1847, der überall auf das R. R. zurückgeht, — von v. Wächter in seinem trefflichen Handbuche des Würtemberg'schen Privatrechts, Bd. II., S. 761—767 und von Unger in seinem gleichbedeutenden Werke, System des österreichischen Privatrechts, Bd. II., Abth. I., Leipzig 1857, S. 44 ff. im Wesentlichen zu Grunde, eben so der Darstellung in v. Vangerow's Lehrbuch der Pandekten, 6. Aufl., Bd. I., Marburg 1851, S. 361 ff., Bd. II., 1854, S. 102 ff., Bd. III., 1856, S. 300 ff., der nur bei der unfeierlichen Manumission eine Ausnahme von der Gültigkeit erzwungener Rechtsgeschäfte statuirt, ebenso von Arndts' Pandekten, 3. Aufl., Bd. I., München 1858, § 61., S. 64, Bd. II., 1859, § 491, S. 741 ff., welcher letztere jedoch eine erzwungene letztwillige Disposition für nichtig erklärt. Die frühere Ansicht hingegen wird von v. Holzschuher Theorie, Bd. I., Leipzig 1843, S. 217 ff., 293 ff., 298, der ersten Auflage (nur diese ist mir zur Hand) festgehalten, — und von Kritz in seiner Sammlung von Rechtsfällen Bd. V. Leipzig 1845, S. 1—70 in unglücklicher Weise vertheidigt. Ueber sein Hauptargument, beim Zwange sei die Freiheit des Willens ausgeschlossen, ist schon oben im zweiten Abschnitt das Nöthige gesagt worden.

§ 18.

Die Bestimmungen des preußischen Landrechts, des österreichischen bürgerlichen Gesetzbuches und des Code Napoléon.

Das preußische Landrecht hat — wie sich dieses nach der Zeit, in welche die Abfassung fällt, nicht anders erwarten läßt — das

Princip aufgestellt, ein jedes erzwungene Rechtsgeschäft ist nichtig. Zwar ist nicht selten das Gegentheil ausgesprochen worden (wie z. B. von Bornemann in seinem System, Bd. I. S. 359), und so viel muß man unbedenklich zugeben, daß der Ausdruck in den entscheidenden Stellen an und für sich nicht gerade nothwendig auf Nichtigkeit hinweiset. Entscheidend ist aber der ganze Zusammenhang. Wenn es in Theil I., Titel IV. § 31 ff. heißt:

§ 31. Aeußerungen des Willens, wozu Jemand durch **physische** Gewalt genöthigt worden, haben keine verbindliche Kraft.

§ 32. Ein Gleiches gilt von solchen Willenserklärungen, wozu Jemand durch Entziehung der Nahrungs- und Heilmittel, oder durch Zufügung körperlicher Schmerzen vermocht worden.

§ 33. Auch gefährliche Bedrohungen des Lebens, der Gesundheit, der Freiheit und Ehre machen jede darauf erfolgende Willensäußerung unkräftig.

§ 34. Drohungen sind gefährlich, wenn die Ausführung derselben entweder an sich, oder auch nach der Meinung des Bedrohten in der Gewalt des Drohenden steht.

§ 35. Die Drohung, Jemanden eines Verbrechens wegen mit oder ohne Grund gerichtlich angehn zu wollen, vereitelt in der Regel jede darauf erfolgte Willenserklärung des Bedrohten,

so ist zunächst klar, daß der § 31, welcher den Fall einer vis absoluta vor Augen hat, in den Worten „haben keine verbindliche Kraft" nur die Nichtigkeit der bezüglichen Disposition aussprechen kann, sodann daß der § 32. einen besondern Fall der Drohung (vis compulsiva) vor Augen hat (vergl. oben S. 23 f.). Hier soll nun das Gleiche, mithin ebenfalls Nichtigkeit, eintreten, und ebenso in denjenigen andern Fällen der Bedrohung, von welchen der § 33 redet, da, wenn schon der Ausdruck „unkräftig" mehrdeutig ist, doch die Verbindung dieses Satzes mit dem voraufgehenden durch „auch" jeden Zweifel hebt. Es ist, wie in der Sache selbst ungerechtfertigt, so auch den Worten nach unzulässig, anzunehmen, daß zwar der § 32. von einer Nichtigkeit rede, der § 33.

aber eine bloße Anfechtbarkeit statuire. So kann denn auch die Disposition des § 42:

> erzwungene Willenserklärungen sind auch alsdann ungültig, wenn die Gewalt oder der Zwang nicht von Dem, zu dessen Vortheil die Erklärung gereichen soll, sondern von einem Dritten verübt worden,

nur von einer Nichtigkeit des erzwungenen Rechtsgeschäfts gedeutet werden, um so mehr als hier der Fall der vis absoluta („Gewalt") und der vis compulsiva („Zwang") zusammengestellt sind.[1] In der Sache selbst liegt es, daß die Nullität bei einem mit dem Zwingenden selbst abgeschlossenen zweiseitig verbindlichen Rechtsgeschäfte nur eine relative sein kann.

Eine Ausnahme statuirt das Landrecht nur bei gerichtlich aufgenommenen letztwilligen Verfügungen. Diese sind, wenn schon erzwungen, doch nicht blos gültig, sondern auch unanfechtbar, es sei denn daß der Richter selbst vom stattgehabten Zwange Kenntniß gehabt hat. Theil I. Titel XII. § 23 und 24.

Wichtig ist, daß nach dem schon angezogenen § 42. auch ein mit einer dritten Person eingegangener Vertrag (oder eine einseitige Willenserklärung zu Gunsten einer dritten Person) im Falle des Zwanges nichtig sein soll. Ein Wissen des Dritten von dem stattgehabten Zwange wird nicht verlangt. — Keine Ausnahme statuirt der § 43. verbis:

> dadurch aber, daß eine drohende Gefahr zu der Willenserklärung blos Anlaß gegeben hat, wird diese noch nicht entkräftet;

vielmehr fällt dieser Fall — von dem die Römischen Juristen sagen operae potius mercedem accepit (vergl. oben S. 23) — gar nicht unter den Begriff des Zwanges.[2]

---

1) Der Ausdruck im § 45. „wer eine sonst rechtsbeständige Willenserklärung wegen Zwanges anfechten will" steht nicht entgegen. Er besagt dasselbe, was im § 47. die Worte: die Ungültigkeit (genauer „Nichtigkeit") gerichtlich ausführen. In dieser Bedeutung kommt „anfechten" in der älteren Schule oft vor. Uebrigens ist mit der Klage, mittelst welcher „die Ungültigkeit ausgeführt wird", eine Klage auf Nullitätserklärung gemeint.

2) Dabei aber erkennt das Landrecht (vergl. § 44.) die Möglichkeit an

Bei der Bestimmung des Begriffs „Zwang" schließt sich das preußische Landrecht wesentlich dem römischen Rechte an:

a. Die Drohung muß Leben, Leib, Freiheit betreffen (vergl. die angezogenen §§ 32. und 33, den § 41. und die obige Ausführung S. 15—22). Das Landrecht geht aber weiter, als das römische Recht, indem es einestheils auch die Bedrohung der Ehre und die Drohung mit einer criminellen Anklage oder Denunciation für genügend hält § 33. 35., anderntheils die Fälle von Drohungen anderer Art nicht schlechthin ausscheidet, sondern hier das richterliche Ermessen entscheiden läßt (§ 36).

b. Die Drohung besteht nach dem preußischen Landrechte wie nach R. R. in der Erklärung des Drohenden, dem Bedrohten mittelst einer positiven Handlung ein Uebel der beregten Art zufügen zu wollen, sofern er sich nicht zu Dem entschließen werde, was der Drohende erreichen will. Vergl. oben S. 22—24 und Landrecht Theil I., Titel IV. § 40. 43.

c. Dahingegen hält das preußische Landrecht als Voraussetzung fest, daß der Drohende kein Recht hatte zur Vornahme derjenigen Handlung, durch deren Androhung er den Bedrohten zu einem Rechtsgeschäfte bestimmte (vergl. § 38. und 39.), während das römische Recht nicht verlangt, daß die angedrohte Handlung eine rechtswidrige ist, sondern nur daß die Drohung als solche erscheint — in dem oben S. 25 und 26 angegebenen Sinne.

d. Nothwendig ist nach dem preußischen Landrechte wie nach römischem Rechte, daß die in dem Bedrohten erregte Furcht eine begründete ist, vergl. oben S. 26—28, und den angezogenen § 33. des Landrechts. Das letztere hebt in Uebereinstimmung mit dem R. R. hervor, daß bei Beantwortung der Frage, ob in einem concreten Fall die Furcht eine begründete (oder wie das preuß. Landrecht sagt die Drohung eine gefährliche) ist, auf die

---

die ja auch nicht in Abrede gestellt werden kann, daß die durch Naturereignisse oder durch dritte Personen drohende Gefahr eine augenblickliche völlige Geistesverwirrung des in Gefahr Gesetzten zur Folge haben kann, in welchem Fall natürlich das in solchem Zustand abgeschlossene Rechtsgeschäft nichtig ist.

Ansicht und Meinung des Bedrohten zurückzugehen ist (vergl. §34.). Das Landrecht geht aber darin weiter als das römische Recht, daß es nicht blos auf die physische Beschaffenheit des Bedrohten, sondern auch auf dessen psychische Eigenthümlichkeit Rücksicht genommen wissen will. Vergl. § 37. verbis „und Gemüthsbeschaffenheit".

e. Daß die Ausführung der Drohung augenblicklich zu erwarten ist, fordert so wenig das preußische Landrecht, wie das römische Recht. Ueber das letztere vergl. oben S. 28.

Wenn das preußische Landrecht im § 47. eine gerichtliche Anzeige von Seiten des Gezwungenen binnen 8 Tagen (von dem Augenblicke an, wo der Zwang aufgehört) verlangt, so hat doch nach dem § 49. die Unterlassung solcher Anzeige nur die Folge, daß der Gezwungene das Beweismittel der Eidesdelation verliert.

Die actio q. m. c. kennt das preußische Landrecht nicht; ob es eine allgemeinere Klage gestattet, welche auch dem Gezwungenen zu Gebote steht, darauf können wir hier nicht eingehen.

Auch das österreichische bürgerliche Gesetzbuch[3] statuirt Nichtigkeit des erzwungenen Rechtsgeschäfts,[4] die jedoch bei einem zweiseitigen mit dem Zwingenden selbst abgeschlossenen Rechtsgeschäfte nur als relative Nullität erscheint (vergl. im § 870 die Worte „ist ihn zu halten nicht verbunden"). Eine Ausnahme findet jedoch statt, wenn der Zwang von einem Dritten ausging, und der „annehmende Theil" von dieser widerrechtlichen Handlung

---

[3]) Ueber dasselbe ist vor allen **Unger** a. a. O. S. 47 ff. zu vergleichen. Daneben mag hier noch angezogen werden Nippel, Erläuterung des allg. bürgerl. Gesetzbuches für die deutschen Länder der österreichischen Monarchie, Bd. VI., Gratz 1833, S. 49 ff., 63 ff. (vergl. auch Bd. IV., Gratz 1832, S. 33 ff., 85 ff.) und Winiwater, das österreichische bürgerliche Recht, Theil III., Wien 1834, S. 16 ff., 51 ff., Theil IV., Wien 1837, S. 25 ff.

[4]) Statt weiteren Beweises möge die Verweisung auf Unger genügen. Ueber die Nichtigkeitsklage des § 877. vergl. S. 48. Anm. 17 und S. 153.

nichts wußte (§ 875.).[5] Dabei wird im österreichischen Gesetzbuch (vergl. § 874.) der Zwang als ein Privatdelict betrachtet, aus welchem ein Anspruch auf „Genugthuung gegen den Delinquenten originirt. Man kann also sagen, daß das österreichische Recht die actio q. m. c. in ihrer Richtung gegen den Zwingenden selbst kennt; gegen Dritte findet die Klage nicht statt. Die Bestimmungen des österreichischen Rechts über die Beschaffenheit der Drohung und die Abweichungen vom R. R. in dieser Hinsicht, siehe bei Unger a. a. O.

Der Code civil spricht über den Einfluß des Zwanges in den Artikeln 1109—1117, womit auch der Artikel 1304 zu vergleichen ist. Es heißt im Artikel 1111:

La violence exercée contre celui, qui a contracté l'obligation est une cause de nullité,

dagegen aber im Artikel 1117:

La convention contractée par erreur, violence ou dol, n'est point nulle de plein droit, elle donne seulement lieu à une action en nullité, ou en rescision.

So ist denn ein erzwungenes Rechtsgeschäft zwar nichtig, aber weil einestheils nur der Gezwungene selbst sich auf die Nichtigkeit berufen kann, anderntheils aber die factischen Voraussetzungen hier in der Regel nicht einfacher Natur sind, so bedarf es einer action en nullité (der Ausdruck en rescision bedeutet, dem älteren Sprachgebrauche entsprechend, dasselbe), die in zehn Jahren verjährt (Artikel 1304) und eines richterlichen Erkenntnisses, welches nicht sowohl erst einen an sich zu Recht bestehenden Vertrag aufhebt, sondern ausspricht, daß ein Vertrag nicht zu Stande gekommen sei.[6] — Gleichgültig ist es übrigens, ob der Zwang von dem

---

[5]) Ueber den Zusammenhang dieses Satzes mit der älteren Theorie vergl. Unger.

[6]) Auf die entgegenstehenden Ansichten über die Bedeutung der action en nullité ou en rescision, namentlich auf die scharfsinnigen Ausführungen von Windscheid in der bereits oben angeführten Schrift „zur Lehre des

andern Contrahenten, oder einer dritten Person ausgegangen ist (Artikel 1111 in fine). Eine nähere Bestimmung des Begriffs „Zwang“ enthalten die Artikel 1112, 1113 in fine, 1114. Im Ganzen schließt sich der Code civil auch hier dem römischen Recht an, wie denn diese Artikel ein Auszug aus Pothier sind, welcher seinerseits hinwiederum aus dem Digestentitel q. m. c. geschöpft hat;[7] eine wirkliche Abweichung vom R. R. besteht darin, daß auch das Vermögen betreffende Drohungen in Betracht kommen sollen.

Ueber die neben der Nullitätsklage hergehende Delictsklage aus dem Facto des Zwanges ist Windscheid a. a. O. S. 250 f. zu vergleichen.

Code Napoléon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte“ kann ich hier nicht eingehen. Ueber das Folgende vergl. die gedachte Schrift S. 245 ff.

7) Vergl. darüber Windscheid a. a. O. S. 246.

Leipzig

Druck von Giesecke & Devrient.

De la Haye.

Schliemann, Adolph,

Die Lehre vom Zwange eine civilistische Abhandlung

Rostock 1861